

Ordre fra foresatt som frifinnelsesgrunn

Kandidatnummer: 506

Veileder: Arne Willy Dahl

Leveringsfrist: 27.11.2006

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17927 ord

08.06.2007

Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Oppgavens tema og formål	1
1.2	Den videre fremstilling	2
1.3	Avgrensning av oppgaven	3
1.4	Begrepsavklaringer	3
1.5	Rettskilder	4
2	HISTORIKK	4
3	NORSK LOVGIVNING – MILSTRL. § 24	8
3.1	Innledning	8
3.2	De legislative hensyn	9
3.2.1	Den militære lydighetsplikt	9
3.2.2	Foresattes ansvar som argument for lydighetsplikten	12
3.2.3	Foresattes kunnskap som argument for lydighetsplikten	13
3.3	“Foresattes befaling i tjenesteanliggende”	14
3.3.1	“Foresatt”	14
3.3.2	“Befaling”	15
3.3.3	“I tjenesteanliggende”	17
3.3.4	Hva er en rettsstridig handling?	17

3.4	Unntakene fra hovedregelen om straffritak	18
3.4.1	Overskridelse av befalingen	18
3.4.2	“Har indseet”	20
3.4.3	“Klarlig maatte have indseet”	21
3.4.3.1	En saklig innsnevring av anvendelsesområdet for § 24	21
3.4.3.2	Vurdering opp i mot en objektiv norm med et fast innhold?	23
3.4.3.3	Hvilket aktsomhetskrav stilles?	24
3.4.3.4	Strl. § 57 som veiledende utgangspunkt	26
3.4.3.5	Skal det foretas en subjektiv bedømmelse?	30
3.5	Delkonklusjon	34
4	INTERNASJONAL LOVGIVNING – ICC ARTIKKEL 33	34
4.1	Bakgrunn	34
4.2	Generelt om ICC vedtektene	36
4.3	ICC artikkel 33	37
4.3.1	“Superior”	39
4.3.2	Hovedregelen i art. 33 (1)	40
4.3.3	“Government or superior, whether military or civilian”	41
4.3.4	Hovedregel om straffansvar	41
4.3.5	Unntakene fra hovedregelen i art. 33	44
4.3.5.1	Art. 33 (1)(a) “Legal obligation”	44
4.3.5.2	Art. 33 (1)(b) “Did not know that the order was unlawful”	45
4.3.5.3	Art. 33 (1)(c) “Did not know that the order was manifestly unlawful”	45
4.4	Delkonklusjon	47
5	PROBLEMET MED ÅPENBART RETTSSTRIDIG SOM PARAMETER	48
5.1	Innledning	48

5.2	Omstendigheter som gjør det åpenbare mindre åpenbart	49
5.3	Er tortur alltid åpenbart rettsstridig?	50
5.4	Dagens bilde – en tiltagende kompleksitet	51
6	HOVEDKONKLUSJON	54

1 Innledning

1.1 Oppgavens tema og formål

En soldats tjenestehandlinger utføres i stor grad på bakgrunn av ordre gitt av en foresatt. Temaet for denne oppgaven er disse ordrenes funksjon som frifinnelsesgrunn for soldaten.

At temaet er like aktuelt i dag som etter andre verdenskrig, ble bekreftet under rettssakene etter overgrepene i Abu Ghraib hvor blant andre menig Lynndie England (forgjeves) hevdet til sitt forsvar at hun handlet etter ordre fra foresatt. I norsk rettspraksis finnes ingen kjente eksempler på at ordre fra foresatt har vært brukt som frifinnelsesgrunn i alvorlige saker.¹ Det bør allikevel være i enhver soldats interesse å ha kjennskap til reglene slik de foreligger, både fordi internasjonale militære operasjoner har blitt en del av hverdagen til den enkelte soldat og fordi kravet til korrekt opptreden har stadig økende oppmerksomhet både fra media og myndigheter.

Vedtektene for Den Internasjonale straffedomstol (ICC), også kalt Romavedtektene, trådte i kraft for Norge sin del den 1. juli 2002.² I disse vedtekters artikkel 33 er det inntatt en bestemmelse om hvorvidt ordre fra foresatt fritar for straff eller ei. I norsk rett reguleres det samme tema i Militær straffelov av 22. mai 1902 nr. 13 § 24 (heretter Milstrl.). Da ICCs jurisdiksjon er komplementær, vil norske soldater kun stilles for retten der hvis norske myndigheter mangler vilje eller evne til å straffeforfølge.³ For at evnen skal kunne sies å være tilstede i forhold til ordre som frifinnelsesgrunn, må den norske rettsregel være innenfor det art. 33 tillater. Et av formålene med oppgaven er derfor å vurdere om de to

¹ Påstand med bakgrunn i juridisk teori, søk på lovdata og samtale med Generaladvokat Arne Willy Dahl som bekreftet at han ikke kjente til noen eksempler.

² Jfr. meddelelse fra Justisdepartementet 18.12. 2002 nr. 1614

³ Jfr. artiklene 1 og 17, samt preambelets 10. ledd.

bestemmelsene harmonerer. Begge bestemmelsene setter som begrensning at såkalt åpenbart rettstridige ordre ikke kan fritas for straff. Det er derfor også et mål å illustrere problemet med en slik begrensning og effektiviteten av denne.

1.2 Den videre fremstilling

Jeg vil analysere bestemmelsene i Milstrl. § 24 og ICC art. 33 for å kunne vurdere om de er overensstemmende og om en harmonisering er nødvendig. I denne prosessen vil jeg også oppnå en annen hensikt, nemlig å få belyst hvilke regler om ordre som frifinnelsesgrunn som faktisk gjelder for norske soldater.

Før analysen av de to bestemmelsene vil jeg gi en historisk oversikt som viser at ordre som frifinnelsesgrunn ikke er et nytt tema, men derimot har vært gjenstand for diskusjon i lang tid. Den historiske forankring er viktig for å gi et bilde av synet på ordre som frifinnelsesgrunn opp gjennom tidene, men også fordi den kan danne et grunnlag for analyse og forståelsen av bestemmelsene de lege lata.

Etter analysen av bestemmelsene vil jeg vie en del plass til vurderinger av hensiktsmessigheten og effekten av reglene om ordre som frifinnelsesgrunn slik de fremstår i dag. Dette vil jeg gjøre ved å diskutere problemet med å ha åpenbar rettsstrid som parameter på når en ordre skal anses som gyldig unnskyldningsgrunn, samt at jeg vil redegjøre for det jeg kaller ”Dagens bilde” hvor jeg blant annet gjør rede for endringer i konflikters karakter. Det siste for å belyse momenter som kan være relevante når man vurderer ordre som frifinnelsesgrunn spesielt og soldatenes individuelle straffansvar generelt.

1.3 Avgrensning av oppgaven

Fokuset i oppgaven vil være ordre fra militær foresatt. Der hvor ikke sammenhengen tyder på annet, vil det være de internasjonale fredsstøttende operasjoner og krigens folkerett jeg har for øyet.⁴

Det finnes flere rettslige tema som ofte behandles i forbindelse med ordre fra foresatt. De vanligste er tvang og kommandoansvaret. Tvang som en eventuell straffrihetsgrunn og kommandoansvaret som en egen regel om ansvar for den foresatte for handlinger som begås av de undergitte. Oppgavens omfang tilsier imidlertid ikke en utfyllende redegjørelse for disse temaene. Jeg vil derfor kun komme inn på disse hvor de passer inn i sammenhengen.

Jeg vil fokusere på ordre som frifinnelsesgrunn og ikke komme nærmere inn på vilkår for straffnedsettelse eller ordre som formildende omstendighet.

1.4 Begrepsavklaringer

I oppgaven bruker jeg konsekvent begrepet frifinnelsesgrunn istedenfor straffrihetsgrunn, som kanskje er mer vanlig i forbindelse med ordre fra foresatt. Årsaken til dette er, som vi skal se, at verken Milstrl. § 24 eller ICC art. 33 er utformet som straffrihetsgrunner. De er derimot utformet som spesialbestemmelser om straffriende rettsvillfarelse og regulerer derfor spørsmål om subjektive vilkår for straff. Ordre kan også diskuteres som spørsmål om straffrihetsgrunner, men da vil det ofte være et spørsmål om nødtilstand eller tvang og dette reguleres av andre bestemmelser, eksempelvis Strl. § 47 og ICC art. 31, litra D.

I oppgaven vil jeg i utgangspunktet bruke ordet soldat som betegnelse på alle typer militært personell, dvs. alt fra menig til general. I noen sammenhenger er det derimot viktig å skille mellom en uerfaren menig og en erfaren offiser. Det vil da fremkomme av sammenhengen

⁴ Begrepet *Fredsstøttende operasjoner* dekker hele spekteret av militære operasjoner jfr. Forsvarets fellesoperative doktrine (heretter FFOD), Del A – Grunnlag, Forsvarets overkommando, 2000, s. 33

at denne forskjellen har betydning. I denne forbindelse er det også viktig å peke på at enhver soldat, uansett grad, kan være undergitt i en gitt situasjon.

1.5 Rettskilder

Da jeg skal analysere en norsk lovtekst og en artikkel i en traktat, vil både vanlige regler for lovtolking og regler for tolking av traktater komme til anvendelse. Traktattolkingen med utgangspunkt i Wienkonvensjonen om tolking av traktater, men siden det dreier seg om en rettssettende traktat vil også denne tolkingen ha mer preg av lovtolking.

Rettspraksis er foreløpig fraværende både i forhold til Milstrl. § 24 og ICC art. 33, så faglig tilnærming har begrenset seg til lovtekst, traktattekst, forarbeider og teori. Jeg nevner også at det er benyttet generell militær teori der hvor det kan belyse en bestemt utvikling eller som støtte for argumenter og synspunkter.

2 Historikk

”Jeg fulgte bare ordre”, er et utsagn uttalt av de fleste som søker å ha en lovlig unnskyldning for å ha forbrutt seg mot krigens folkerett. Utsagnene blir ofte assosiert med rettssakene mot tyske naziledere etter annen verdenskrig i Nürnberg tribunalet.

Det er i romerretten man finner de første omfattende utarbeidelser av rettsregler og straffebestemmelser for soldater.⁵ Romerriket, som var spesielt anerkjent for krigsdyktighet og rettsvitenskapelig utvikling, hadde en langt fremskreden spesiell militær strafferett. Mange av de begreper og prinsipper man finner i den romerske militære rett, kjenner man igjen også i dagens militære straffelovgivning.

⁵ Se Stortingsforhandlinger (1899-1900), bind 3, s. 39 flg.

I romerretten fantes det dog få eller ingen regler som beskyttet det fiendtlige folk. Plyndring kunne for eksempel bare straffes hvis den inneholdt en krenkelse av disiplinen. Men disiplinen ble derimot håndhevet strengt. I krigstid skulle det således ikke mye til før den ulydige ble straffet med døden. I et slikt system var det lite behov for en regel om straffrihet på grunn av ordre fra overordnet. Både fordi det nærmest ville være utenkelig at noen befaling kunne anses å lede til en ulovlig handling og fordi generalene på slagmarken i så fall var de eneste som måtte stå til ansvar overfor keiseren.

I middelalderen var de militære styrker preget av leiehærer. Krigføringen mellom (de mange) kongedømmer på det europeiske kontinent var i denne perioden preget av korte avgrensede kriger i sommermånedene hvor man ofte holdt seg til regler nærmest som ved sportsaktiviteter. Disse reglene gikk mer ut på hva som var ridderlig og hva slags type krig som skulle finne sted, og det var nok heller utenkelig at den enkelte soldat hadde noe individuelt straffeansvar og således trengte noen beskyttelse i form av straffrihet ifm. ordre fra foresatt. Det ble utøvd en streng disiplin overfor leiesoldatene og i felten var det opp til den militære sjef å utøve kontroll og gi den straff som var passende.

Hvis man ble stilt til doms av fienden kunne det derimot stille seg annerledes. Spørsmålet om ordre fra foresatt skal kunne frita den tiltalte for straff, har således vært kontroversielt helt siden rettssaken mot Peter Von Hagenbach i 1474. Hagenbach var tiltalt for mishandling av befolkningen i Breisach, samt for å ha gitt tillatelse til slik mishandling. Han hevdet til sitt forsvar at han bare hadde adlydt ordre fra sin foresatte, greven av Burgunder. Forsvaret nådde ikke frem og Hagenbach ble dømt til døden.⁶

Henry Wirz, en kaptein i den konføderale hæren under den amerikanske borgerkrigen, prøvde seg med et lignende forsvar mot tiltale for mishandling av krigsfanger. Wirz hevdet: "I think I may also claim as a self-evident proposition that if I, a subaltern officer, merely obeyed the legal orders of my superiors in the discharge of my official duties, I cannot be

⁶ Se Schwarzenberger, G., *International Law*, vol. 2, The Law of Armed Conflict, London, Stevens, 1968, kap. 39

held responsible for the motives that dictated such orders.” Wirz`s forsvar ble ikke gitt mye oppmerksomhet og han ble dømt til døden.⁷

Oppenheim, en anerkjent autoritet i internasjonal rett fra tidlig på 1900-tallet, hevdet i sin første utgave av sitt standardverk i 1906 at: ”In case members of forces commit violations ordered by their commanders, the members may not be punished, for the commanders are alone responsible, and the latter may, therefore, be punished as war criminals on their capture by the enemy”.⁸ Det er uvisst om Oppenheim med dette mente å ta avstand fra den praksis som er nevnt ovenfor eller om dette var en slags de lege ferenda argumentasjon hvor han søkte å argumentere for et større ansvar for de med kommandomyndighet og derfor søke å hindre at de tillot brudd på krigens folkerett. Doktrinen Oppenheim her argumenterte for er kjent som doktrinen om ”*respondeat superior*”, altså at de foresatte som gir ordre alene er ansvarlige for handlingene som utføres.

I flere rettssaker etter 1. verdenskrig ble ordre fra foresatt som frifinnelsesgrunn prøvet. Saken som oftest blir referert i internasjonal teori er den såkalte Llandovery castle saken hvor høyesterett i Leipzig vurderte ordre fra foresatt som frifinnelsesgrunn opp imot tysk intern rett. Et hospitalskip var blitt senket av en tysk ubåt. To løytnanter på ubåten var tiltalt for medvirkning til drap på de overlevende som befant seg i livbåter etter senkingen ved at de hadde overvåket skytingen og rapportert posisjoner og avstander til livbåtene.

Retten uttalte bl.a: ”However, the subordinate obeying an order is liable to punishment, if it was known to him that the order of the superior involved the infringement of civil or military law... It is certainly to be urged in favour of the military subordinates that they are under no obligation to question the order of their superior officer, and they can count upon its legality. But no such confidence can be held to exist, if such an order is universally

⁷ Levie, H.S., *The rise and fall of an internationally codified denial of the defence of superior orders*, Military Law and Law of War Review, (1991) s. 186

⁸ Oppenheim, L., *International Law: A treatise*, Vol. 2, London, 1906, s. 264

known to everybody, including the accused, to be without any doubt whatever against the law”.⁹

Vi ser av uttalelsene at ordre fra foresatt ikke er en frifinnelsesgrunn per se, slik Oppenheim argumenterte for i første utgave av standardverket. Det følger av Llandovery castle saken at hvis ordren var av et slag som ved dens utførelse ville innebære brudd på krigens regler som var universelt kjent for alle, inkludert de tiltalte, kunne det ikke være en frifinnelsesgrunn. Dette synet er kjent som doktrinen om ”*conditional liability*”, altså i utgangspunktet straffrihet hvis det ikke var klart for tiltalte at ordren innebar brudd på krigens regler.

Det er mye mulig at det var rettssakene etter første verdenskrig som fikk Oppenheim til å revidere sin absolutte oppfatning om at ordre fra foresatt var en frifinnelsesgrunn per se. I sjette utgave av standardverket som kom i 1940 skriver han: ”The fact that a rule of warfare has been violated in pursuance of an order of the belligerent Government or of an individual belligerent commander does not deprive the act in question of its character as a war crime... (M)embers of the armed forces are bound to obey lawful orders only....”¹⁰

Det er også interessant å merke seg at flere land, blant annet USA og Storbritannia, helt frem til den andre verdenskrig anerkjente doktrinen om *respondeat superior*,¹¹ men endret syn i overensstemmelse med Llandovery castle saken. En medvirkende årsak til endret syn var antagelig kjennskap til grove tyske brudd på krigens regler.

I 1941, startet et internasjonalt arbeid med å utarbeide regler for rettssakene som åpenbart ville komme i kjølvannet av andre verdenskrig. Arbeidet resulterte bl.a. i den såkalte Londonkonferansen i 1945 som vedtok ”Charter of the International Military Tribunal” til bruk i Nürnberg. I artikkel 8 i charteret heter det: ”The fact that the Defendant acted

⁹ The Llandovery Castle Case, Annual Digest 1923-1924, Case No. 235

¹⁰ Levie s. 187

¹¹ Se for eksempel United Kingdom, Manual of Military Law, 7th edn, HMSO, 1929, s. 83

pursuant to an order of his Government or of a superior shall not free him from responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the Tribunal determines that justice so requires”. Standpunktet som kommer til uttrykk i denne artikkelen var altså relativt langt unna den oppfatning Oppenheim ga uttrykk for i 1906. Det er også verdt å merke seg at artikkel 8 ikke ga tribunalet mulighet til å anse ordre fra foresatt som en frifinnelsesgrunn, men derimot bare som en straffnedsettelsesgrunn, altså som en formildende omstendighet. Denne doktrinen er kjent som doktrinen om ”*absolute liability*”, altså at den undergitte ikke kan slippe straff på grunn av ordre fra foresatt.

3 Norsk lovgivning – Milstrl. § 24

3.1 Innledning

Straffeloven (Strl.) har ingen bestemmelse som løser spørsmålet om ordre fra foresatt eller overordnet kan anses som en frifinnelsesgrunn. Ifølge forarbeidene til Straffeloven var det meningen å overlate løsningen til teori og praksis.¹² Som jeg kommer til nedenfor, så er lydighetsplikten mer absolutt i Forsvaret enn i sivile etater. En naturlig følge av det vil være at ordrer gis større relevans og vekt som frifinnelsesgrunn.¹³

I motsetning til Straffeloven inneholder Milstrl.¹⁴ en egen bestemmelse som gir anledning til å frita den undergitte for straff når han har fulgt foresattes befaling. Bestemmelsen finnes i Milstrl. § 24 og lyder: ”*Foresattes befaling i tjenesteanliggende fritager den undergivne for straf, uden for så vidt som han overskrider befalingen, eller han har indseet eller klarlig maatte have indseet, at han ved befalingens udførelse medvirker til en retsstridig handling. I ethvert fald kan retten nedsette straffen under det for handlingen bestemte lavmaal og til en mildere strafart.*”

¹² Se Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov (S.K.M.) 1896 s. 89

¹³ Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo, 2005, s. 207

¹⁴ Milstrl. får i sin helhet anvendelse på handlinger forøvet i internasjonale operasjoner, jfr. lovens § 11.

Hovedregelen i denne bestemmelsen er at den undergitte er fritatt for straff hvis han følger en foresatts befaling. Utgangspunktet er altså straffrihet.

3.2 De legislative hensyn

I forarbeidene¹⁵ uttales det at denne hovedregelen bygger på den militære grunnsetning at foresattes befaling i tjenesteanliggende ubetinget skal adlydes. Dette er et uttrykk for den særlige lydighetsplikt som foreligger mellom foresatt og undergitt. I det følgende vil jeg derfor se nærmere på hva denne lydigheten består i og hva som er begrunnelsene for den.

3.2.1 Den militære lydighetsplikt

Det militære system er hierarkisk oppbygd. Fra den menige soldat på bunnen av hierarkiet til den øverstkommanderende general på toppen. Men en slik hierarkisk oppbygging er også vanlig i andre systemer og organisasjoner. Hva er så spesielt med det militære?

Militær effektivitet avhenger i stor grad av den umiddelbare og udiskuterbare lydighet fra underordnede. Dette gjelder så langt at soldaten i strid må være forberedt på å sette sitt liv i fare for å utføre ordre. I krig kan ordrenekt eller ordreunntatelse få betydelige konsekvenser. En umiddelbar effekt kan være tap av egne styrkers liv. På lengre sikt kan utfallet bli at militære kampanjer mislykkes pga. for liten effektivitet.

Dagens norske militære doktriner¹⁶ er gjennomsyret av tanken om at tiden fra observasjon til handling skal være kortest mulig for å kunne ha en raskere beslutningssyklus enn fienden og derved sette han ut av stand til å reagere adekvat. I mange typer militæroperasjoner, særlig høyintensiv krigføring, er det sjelden tid til å sette seg ned å diskutere løsninger eller å redegjøre for beslutningsgrunnlaget til en ordre. Den foresatte er

¹⁵ Utkast til Milstrl. 1898, s. 76, sp. 2

¹⁶ FFOD s. 50 flg.

tvert imot avhengig av at undergitte adlyder og utfører ordrer raskt og umiddelbart. Slike behov vil det selvfølgelig også være i andre organisasjoner, men disse kan sjelden argumentere med at tap av menneskeliv og i ytterste konsekvens, statens eksistens, hvis lydigheten er lav. Den organisasjon som kan tenkes å ha behov som i stor grad nærmer seg forsvarrets, er politiet. Ved akutte hendelser vil politiet ha tilnærmet samme behov for lydighet som i militære forhold. Det er ingen lovbestemmelser som regulerer en politimanns lydighetsplikt, men Politistruksen av 22. juni 1990 bestemmer i § 6-1, annet ledd at en polititjenestemann har plikt til å adlyde ordre fra en overordnet, med mindre ordren klart antas å være ulovlig eller åpenbart ikke angår tjenesten.

I de fleste militære system er derimot det å nekte eller unnlate å utføre ordre gjort til en straffbar handling/unnlattelse. I norsk rett er dette regulert i Milstrl. § 46 og § 80, 1. ledd nr 11¹⁷. Milstrl. § 46, 1. ledd lyder slik: *Den, som undlader at vise skyldig Lydighed mod en foresatts Befaling i Tjenesteanliggende eller retsstridig handler mod eller overskrider Befalingen eller mod bedre Vidende giver en foresat et usandt Svar paa Sørsmal i Tjenesteanliggende, straffes med Arrest eller med Fængsel indtil 3 Maaneder.* Andre ledd inneholder en straffeskjerpelse hvis den undergitte på tross av gjentatt befaling gjør uttrykkelig tilkjenne at han ikke vil følge befalingen og ytterligere skjerpelse hvis det skjer i nærvær av samlet tropp. I tredje ledd finner man straffeskjerpelse hvis de straffbare handling skjer ”under sådanne omstendigheter” at tap av menneskeliv eller betydelig skade måtte kunne fryktes eller at slikt faktisk skjer pga at ordren ikke blir etterfulgt.

En soldat plikter altså å vise skyldig lydighet mot foresattes befaling i tjenesteanliggender. Uttrykket ”skyldig lydighet” indikerer at det finnes grenser for lydighetsplikten. Men lydighetsplikten strekker seg langt, og den gjelder ikke bare de innlysende militære plikter. Fra norsk rettspraksis kan nevnes Rt. 1955 s. 604 hvor det ble fastslått at ekstratjeneste kunne pålegges når ordinær tjeneste var dårlig utført, selv om dette ikke var et lovlig refselsesmiddel. Rt. 1965 s. 207 hvor det ble fastslått at det ikke er urettmessig å beordre til

¹⁷ § 80 gjelder i krigstid, men utgjør ingen realitetsendring i forhold til lydighetsplikten i § 46 og vil således ikke kommenteres nærmere.

tjenestested mot militærpsykiaters anbefaling og at det således forelå en tjenesteplikt for den undergitte til å gjøre tjeneste på nytt tjenestested. I Rt. 1965 s. 306 ble det også fastslått at villfarelse hos ordregiver ikke gjør ordren urettmessig. Selv om denne praksis dreier seg om mer eller mindre ”trivielle” forhold i fredstid, gir den en indikasjon om at den skyldige lydighet strekkes relativt langt.

Eksempler fra norsk rett som omhandler mer skarpe situasjoner er ikke kjent, men jeg vil anta at kravet til lydighet i slike tilfeller i hvert fall ikke vil være noe mindre. Tvert om vil behovet for lydighet i krise og krig tilsi en enda strengere lydighetsplikt fordi konsekvensene av å ha ulydige undergitte ofte kan få mer fatale konsekvenser. Når § 46, tredje ledd angir en straffskjerpelse i de tilfeller hvor ulydigheten skjer under omstendigheter som kan føre til tap av menneskeliv indikerer det også at lydighetsplikten er strengere i slike situasjoner. Fra dansk rett foreligger det en fersk dom fra retten i Køge,¹⁸ hvor en soldat var tiltalt for ulydighet av særlig grov karakter, jfr. den danske militære straffelovs § 11. Han hadde nektet å etterkomme ordre om å delta i patrulje i Irak med den begrunnelse at han ikke ønsket å sette sitt liv på spill. Det må nevnes at hendelsen skjedde i perioden hvor karikaturene av Mohammed akkurat var blitt kjent. Soldaten erkjente seg skyldig etter tiltalen og ble dømt til 4 måneders ubetinget fengsel. Det ble i skjerpene retning lagt vekt på at nektelsen skjedde under tjeneste utsendt til et område hvor trusselbildet hele tiden var høyt. Det ble også lagt vekt på at tiltaltes atferd var egnet til å svekke lydigheten hos de andre soldatene. Endelig ble det bemerkt at den militære lydighetsplikt må anses for helt sentral for Forsvaret og at det nettopp er i farlige situasjoner at det er av avgjørende betydning at soldater følger ordrer. Dommen ble ikke anket. Jeg kan ikke se at det er noen realitetsforskjell på den danske og den norske Milstrl. på dette punkt. Jeg vil derfor ikke se det som usannsynlig at en norsk domstol vil komme til et tilsvarende resultat.

¹⁸ Køge rets dom af 10. juli 2006

Grensen for lydighetsplikten vil være at man ikke har lydighetsplikt i relasjon til ikke rettmessige ordre. En ordre som innebærer brudd på krigens folkerett vil være urettmessig og således en ordre man ikke har skyldig lydighetsplikt overfor. Ordren vil heller ikke være rettmessig hvis den ikke gjelder *tjenesteanliggende*. I militære operasjoner vil nok det meste være i tjenesteanliggende, men en foresatts befaling til undergitt om å utføre rent private ærend er et eksempel på ordre som den menige ikke har lydighetsplikt overfor.

3.2.2 Foresattes ansvar som argument for lydighetsplikten

Den militære lydighetsplikt baserer seg på at det er de foresatte som i utgangspunktet har ansvaret for den aktiviteten som utføres av deres undergitte. En foresatt har individuelt straffansvar for de tilfeller hvor de beordrer, oppfordrer eller oppmuntrer deres undergitte til forbrytelser. Men de har også individuelt straffansvar i form av det såkalte *kommandoansvaret*.¹⁹ Dette går i korthet ut på at det påhviler et straffansvar for den foresatte for krigsforbrytelser som begås av dennes undergitte, hvis han visste eller burde vite at de undergitte var i ferd med eller hadde gjort slike handlinger, og ikke iverksatte alle nødvendige og rimelige tiltak som lå innenfor vedkommendes myndighet, for å forhindre eller bekjempe at disse forbrytelsene ble begått. Det var for eksempel på dette grunnlag en del tiltalte ble funnet skyldige i krigsforbrytelser, begått av deres undergitte, i flere rettssaker etter den andre verdenskrig.²⁰ I norsk rett har man per i dag ingen uttrykkelige bestemmelser som tilsvarer denne type ansvar slik de for eksempel er regulert i ICC vedtektene. Straffelovkommisjonen uttaler i forbindelse med dette at ansvaret i dag først og fremst vil bero på en tolkning av det generelle medvirkningsansvaret, men foreslår en egen bestemmelse om dette i ny straffelov.²¹

¹⁹ Begge prinsipper er ansett å være internasjonal sedvanerett jfr. *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules, Henckaerts & Doswald-Beck, Cambridge University Press, 2005, rule 152 & 153, samt at de er regulert i ICC art. 25 nr. 3 litra B og art. 28

²⁰ En av de mest refererte er saken mot den japanske general Yamashita, se US Supreme Court, judgement of 4. February 1946, 18 AILC, 1-23

²¹ NOU 2002:4, s. 278, sp. 1 i.f.

3.2.3 Foresattes kunnskap som argument for lydighetsplikten

Den militære lydighetsplikt baserer seg også på presumsjonen om at det i utgangspunktet er den foresatte som har den største innsikt og oversikt. Jeg sier i utgangspunktet, fordi det selvfølgelig kan forekomme at den undergitte både har bedre innsikt, oversikt og forståelse enn den foresatte. Hvis så er tilfellet, vil det nok være mer en praktisk enn juridisk utfordring for den foresatte. Det vil derimot kunne få avgjørende følger for den undergitte som på grunn av sin innsikt og oversikt ikke vil kunne forsvare seg med foresattes befaling med den samme tyngde.

At den foresatte i utgangspunktet presumeres å inneha større kompetanse og innsikt må gjelde generelt, så vel som spesielt;

Generelt, i form av at den foresatte normalt har lengre erfaring med den type virksomhet som bedrives. Den foresatte vil også normalt ha bedre utdanning enn den undergitte. Dette gjelder i hvert fall innen militære disipliner og, i denne sammenheng, spesielt innen krigens folkerett. Dette kan dog ha endret seg en del siden loven ble til. I dagens forsvar er det blant annet innført en ordning med såkalte avdelingsbefal. Dette er stillinger som er forbeholdt de lavere gradsnivå, men hvor man ønsker å beholde erfarne soldater. Det kan således fremover forekomme at det i en avdeling er en løytnant med 15 års erfaring, mens hans foresatte er en kaptein med 10 års erfaring. Fremover må vi derfor regne med at presumsjonen ikke kan opprettholdes i alle tilfeller.

Spesielt, i form av større innsikt og oversikt, samt forståelse av en aktuell militær situasjon. Offiserer blir i sin militære utdanning trent i situasjonsforståelse og vil derfor ha en bedre forutsetning for å kunne agere riktig. De foresatte vil også normalt både ha tilgang til og faktisk inneha bedre etterretningsinformasjon enn sine undergitte. Denne informasjonen skal selvfølgelig i størst mulig grad også tilfalle den undergitte, men i mange sammenhenger vil det ikke være tid eller anledning til å ”brife opp” de undergitte før handling kreves iversatt. Igjen må det tas høyde for tilfeller hvor den undergitte både kan ha bedre lokal oversikt, samt bedre tilgang på fersk etterretningsinformasjon. Selv i disse

tilfeller vil nok lydighetsplikten allikevel bestå og at man står heller overfor et praktisk kommunikasjonsproblem mellom foresatt og undergitt hvor den foresatte eventuelt ikke følger tilrådninger fra sin undergitte.

Etter å ha redegjort for lydighetspliktens innhold og begrunnelse vil jeg nedenfor analysere de enkelte element i Milstrl. § 24.

3.3 *"Foresattes befaling i tjenesteanliggende"*

3.3.1 *"Foresatt"*

"Foresatt" er definert i Milstrl. § 6 til å være *"Enhver, som er berettiget til at give en Befaling, der skal adlydes af en anden (den undergivne), er dennes foresatte"*. Hvis man er berettiget til å gi en befaling, så er man altså foresatt. Den som plikter å adlyde er den undergitte. Om man er berettiget eller ei vil avhenge av de organisatoriske forhold eller av særskilt ordre.²² Det klare utgangspunkt er at overordnede i rett oppstigende linje i organisasjonen er foresatte. Dvs. at lagfører er foresatt for sine lagsmedlemmer. Troppssjefen er derimot foresatt både for lagføreren og lagsmedlemmene.

I Milstrl. er det en vesentlig forskjell på forholdet foresatt/undergitt og forholdet overordnet/underordnet, som også er definert i § 6. I forholdet mellom foresatt og undergitt dreier det seg om et kommandoforhold med tilknytning til lydighetsplikten, mens det i forholdet mellom overordnet og underordnet dreier seg om forskjell i grad eller ansiennitet og dermed en forbundet plikt til å vise respekt.

§ 6 sier at "enhver" som er "berettiget til..." er foresatt. Spørsmålet blir da om det er noen begrensninger i hvem som kan være "enhver"? Ordlyden i paragrafen tilsier at dette kan være en hvilken som helst person så lenge han er berettiget. Det vil allikevel være et aktuelt spørsmål om for eksempel utlendinger og sivile kan gå inn under uttrykket "enhver". I

²² Fleischer, C.J., *Den Militære Straffelov*, Oslo, 1956, s. 32

lovens første kapittel om "Lovens virkekrets" gis det i § 9 en opprømsing av hvem som kan straffes etter Milstrl. Denne er uttømmende med den begrensning at annet ikke uttrykkelig er bestemt eller fremgår av sammenhengen jfr § 9, 1. ledd. Bestemmelsen sier altså noe om hvem som kan straffes etter loven, men ikke noe om personbegrensninger i forhold til andre tilknytninger til loven. Loven gir derfor ingen holdepunkter for at "enhver" i denne sammenheng omfatter et begrenset persongalleri, slik som tilfellet ellers er i loven hvor uttrykket "den" brukes, som for eksempel i § 34 hvor dette refererer til den begrensede persongruppe i § 9. Konklusjonen blir derfor at "enhver" også kan være for eksempel en sivil eller en utlending. Det avgjørende blir kun om man er berettiget i form av stilling eller særskilt ordre.

3.3.2 "Befaling"

En *befaling* er det samme som en *ordre*.²³ Jeg har ikke funnet holdepunkter for at dette var annerledes på tiden for lovens tilblivelse.²⁴

Ordet "ordre" (av fr.) betyr i militær sammenheng muntlig eller skriftlig befaling, pålegg eller påbud om å utføre noe, for eksempel operasjonsordre og administrative ordrer. Stående ordre inneholder faste bestemmelser for utføring av forskjellige funksjoner for å sikre at alle underlagte reagerer likt.²⁵

Denne definisjonen gir oss et generelt utgangspunkt, men den må utdypes noe. At en ordre normalt er muntlig eller skriftlig er nok tilfellet, men det vil også forekomme andre måter å gi ordrer på. Velvillige nikk eller andre tegn fra den overordnede kan i visse situasjoner sies å være en ordre. Dette kan for eksempel være i form av tillatelser som et svar på en forespørsel fra underordnet, men like fullt vil det (vel) være en ordre. Hvis en underordnet

²³ Jfr. *Norske synonymer blå ordbok*, 3. utg, Kunnskapsforlaget, Oslo, 2000

²⁴ Jfr. *Norsk riksmålsordbok*, Aschehoug & Co, Oslo, 1937

²⁵ Jfr. *Aschehoug og Gyldendals Store Norske Leksikon*, bind 11, 3. utg. Oslo, 1998

foreslår et angrep på et objekt, og den overordnede nikker samtykkende, vil det være naturlig å anse det som en ordre om å utføre nettopp det forslaget gikk ut på.

Vi kan også tenke oss tilfeller av passivitet fra den foresatte for eksempel i form av et stilltiende samtykke. Det er allikevel et spørsmål om dette kan anses for å være en ordre. Som jeg kommer tilbake til senere i oppgaven, så er det ofte slik at soldater utfører handlinger fordi de følger som en naturlig del av tjenesten, man sier gjerne at de ”går for egen maskin”. Dette blir normalt sett på som positivt og viser at soldatene tar initiativ og ikke trenger å bli forklart i detalj hele tiden hva de skal gjøre og ikke gjøre. I noen sammenhenger kan et slik initiativ og ”egendrive” være betenkelig og det er spesielt når man driver med tjeneste hvor grensene for overtramp er vage. Fangebehandlingen i Abu Ghraib er et slikt eksempel. Men det må kunne sies at stilltiende samtykke, i hvert fall i noen tilfeller, vil kunne sies å utgjøre en ordre. Det vil være tilfellet når både den overordnede og den underordnede oppfatter samtykket på en slik måte at det foreligger en tjenesteplikt for den underordnede å utføre handlingen. Og det er egentlig dette som er kjernen i hva som kan anses å være en ordre. For i ettertid å kunne vurdere om det forelå en ordre vil man måtte spørre seg om det forelå en tjenesteplikt for den undergitte som korresponderte med ordren, uansett hvilken form ordren fremkom i. Hvis så var tilfellet, må det nok i de fleste tilfeller konkluderes med at det forelå en ordre. I den militære straffesaken mot Lynndie England var et av problemene hennes at de andre soldatene avkrefte at det forelå noen ordrer, med korresponderende tjenesteplikt, om slik behandling hun var tiltalt for.²⁶ I internasjonal teori argumenterer blant annet Triffterer for at begrepet ordre må gis en vid betydning.²⁷

²⁶ Carter, Phillip, ”Superior orders: Will the defence work for PFC Lynndie England, Who is accused of abusing Abu Ghraib prisoners?”, Tilgang: http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040810_carter.html [Sitert: 30.10.2006]

²⁷ Triffterer, Otto (ed), *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*, Baden- Baden, 1999, s. 582

3.3.3 ”I tjenesteanliggende”

Ordene ”i tjenesteanliggende” indikerer at det som befales må ligge innenfor det den militære lydighetsplikt omfatter i henhold til Milstrl. § 46. Den undergitte fritas for straff for handlinger som han har foretatt i henhold til og i samsvar med befalingen, i den utstrekning han har lydighetsplikt.²⁸ Hvis det ikke dreier seg om en foresatts befaling i tjenesteanliggende, kan ikke § 24 brukes.²⁹

3.3.4 Hva er en *rettsstridig handling*?

Milstrl. § 24 fritar den undergitte for straff med mindre han har innsett eller klarlig måtte ha innsett at han ved befalingens utførelse medvirker til en rettsstridig handling.

Rettsstridige handlinger er de handlinger som strider mot rettsordenen og således ikke er rettmessige. Alle handlinger som er belagt med straff er rettsstridige hvis alle straffbarhetsvilkår er oppfylt. Typisk er brudd på Strl., Milstrl. og spesiallovgivning med straffesanksjon, som for eksempel Vegtrafikkloven. Men også handlinger som ikke er belagt med straff kan være rettsstridige. Overtredelse av militær skikk og orden jfr. Disiplinærloven § 1, 2. ledd er således en rettsstridig handling selv om overtredelsen ikke kan føre til straff, men bare militær refselse. Et spørsmål for seg er imidlertid om § 24 uten videre gjelder handlinger som kan være brudd på andre lover enn Milstrl? Rt. 1974 s. 1329 kan sies å forutsette en slik forståelse. Saken gjaldt ordrenekt for deltakelse i skyting, og de tiltalte påberopte seg blant annet § 24 fordi de mente det ville være rettsstridig å delta på grunn av strid om rettighetene i skytefeltet. Høyesterett nevnte ikke i denne saken noe om at ”rettsstridig” i Milstrl. § 24 kun gjelder handlinger omfattet av Milstrl.

Innen strafferetten omtaler man gjerne rettsstrid som et generelt vilkår for straffbarhet. I tillegg til at gjerningen må oppfylle straffebudets gjerningsinnhold og kravet om skyld og

²⁸ Fleischer s. 66

²⁹ Se eksempelet i pkt. 3.2.1 i.f.

tilregnelighet, må den også være rettsstridig.³⁰ Brukt på denne måten er kravet om rettsstrid egentlig bare et krav om fravær av straffefrihetsgrunner. Hva som ligger i begrepet rettsstrid må i prinsippet klarlegges ved en tolkning av de aktuelle straffebud. At Milstrl. § 24 ikke er et straffebud, men dreier seg om en straffrihetsgrunn får ikke noen annen betydning enn at man først må ha konkludert med at det foreligger en i utgangspunktet rettsstridig handling etter å ha tolket en straffebestemmelse på vanlig måte.

3.4 Unntakene fra hovedregelen om straffritak

I det følgende vil jeg analysere unntakene fra hovedregelen om straffritak slik de fremkommer i lovteksten.

3.4.1 Overskridelse av befalingen

En overskridelse av befalingen vil foreligge der hvor den undergitte går utover det befalingen angir. Et klart eksempel er hvor en undergitt får ordre om å overvåke et objekt, men isteden angriper objektet for å eliminere dette. Dette er en ganske klar overskridelse som tydelig atskiller seg fra den opprinnelige befaling og således klart vil gå inn under unntaket. I disse klare tilfellene vil det også være på sin plass å spørre om den undergitte har ”overskredet” befalingen eller om han egentlig handler uten befaling og på eget ansvar. Ordet ”overskredet” indikerer at det må foreligge en viss tilknytning til den opprinnelige befaling og at den undergitte kun blir ansvarlig for det som går utover det befalingen tilsa. Hvis det overhodet ikke kan sies å være noen tilknytning eller sammenheng mellom befaling og handling vil ikke § 24 være aktuell i det hele.

Hvordan avgjør man om befalingen er overskredet? En befaling vil nødvendigvis innebære en form for kommunikasjon mellom to eller flere personer. Som tidligere nevnt³¹ kan denne kommunikasjonen anta forskjellige former. Å finne det objektive meningsinnhold i

³⁰ Andenæs s. 156

³¹ Jfr. pkt. 3.3.2

en befaling i ettertid, for på den måte å kunne fastslå om en overskridelse har funnet sted, kan være vanskelig. I en kaotisk stridssituasjon vil befalinger ofte gis i stort antall og med liten eller ingen tid til å klargjøre meningsinnholdet. Det vil derfor være et utfordrende spørsmål i forhold til faktum å klargjøre hva som faktisk ble befalt, hvordan det ble gjort og hvilken situasjon som forelå da det ble gjort. Dette er selvfølgelig enklere der hvor ordren foreligger i skriftlig utgave.

Ut fra ordlyden i § 24 kan det se ut til at en ren objektiv overskridelse av befalingen er det som skal til for at ordre som frifinnelsesgrunn ikke kan påberopes. Det sies ikke noe om at en unnskyldelig overskridelse fritar for straff. Hvis overskridelsen skyldes kommunikasjonssvikt i form av misforståelser, vil man altså måtte se hen til andre potensielle frifinnelsesgrunner for eventuelt å kunne konstatere straffrihet. Særlig aktuelt vil det være med faktisk villfarelse etter Strl. § 42. Eksempelvis den undergitte som har fått befalingen via kurér og befalingen har fått et annet innhold fordi kureren har nedtegnet den feil. Da vil den undergitte som overskrider befalingen på grunn av dette kunne lates straffri fordi det forelå en faktisk villfarelse jfr. Strl. § 42.

Dette er egentlig bare et spørsmål om overskridelsen er rettsstridig eller ei, og viser at § 24 må sees i sammenheng med grensene for lydighetsplikten i § 46. I § 46, 1. ledd sies det at det er straffbart å "rettsstridig... overskride befaling". Unntaket om overskridelse av befaling i § 24 er derfor bare en påminnelse om det straffbare i å overskride en befaling og kan derfor synes noe overflødig. I de klare tilfeller, som i det tidligere nevnte eksempel, må det riktige være å anta at den undergitte handler uten befaling og på eget ansvar.

Men hva hvis den undergitte bare i liten grad går ut over det som befalingen objektivt sett angir? Vil han da alltid kunne sies å ha overskredet befalingen?

I dagens militære system er det lagt opp til oppdragsbasert ledelse til forskjell fra ordrebasert ledelse.³² Dette innebærer i stor grad at ordrer blir gitt med en klar henvisning til sjefens intensjon og hva slags sluttsituasjon han ønsker. I dette ligger det en langt større frihet for den undergitte hva gjelder valg av metode og midler for å oppfylle sjefens intensjon og ønsket sluttsituasjon. Dette er i motsetning til ordrebasert ledelse hvor det i mye større grad gis ordre om hva som skal gjøres når, hvor og hvordan. I vår sammenheng vil fordelene med ordrebasert ledelse være at det blir enklere å konstatere faktum med hensyn til hva slags ordre som faktisk ble gitt. Ved oppdragsbasert ledelse vil det ofte være vanskeligere å finne klare beskrivelser i ordren om hvordan oppdraget konkret skal utføres. Mitt poeng i denne sammenheng er at det med en doktrine om oppdragsbasert ledelse vil være skapt en forståelse for et større handlingsrom innenfor de befalinger som gis, og at denne tenkemåten vil være en rettesnor for enhver undergitt. Dette faktum kan derfor være med på å utvide grensen for når noe kan anses å være en overskridelse av befaling. På den annen side kan dette føre til at det blir færre situasjoner hvor den undergitte med hell kan påberope seg ordre fra foresatt som frifinnelsesgrunn, fordi valg av midler og metode ofte er opp til han selv å foreta.

3.4.2 *"Har indseet"*

Den undergitte kan ikke påberope seg ordre som frifinnelsesgrunn hvis han på handlingstidspunktet innså at han ved dens utførelse medvirket til en rettsstridig handling. I disse tilfellene må det være på det rene at den undergitte faktisk har forstått at det var tale om en rettsstridig handling. Det vil være hans subjektive oppfatning av hva som er rettsstridig som må legges til grunn og ikke hva som objektivt sett er rettsstridig. Man kunne spørre seg om det ikke, i hvert fall for de helt klare tilfellene av rettsstrid, vil være aktuelt å presumere at den undergitte *"har indseet"* fordi det opplagt vil være et problem å konstatere positiv kunnskap. I forhold til § 24 slipper man imidlertid å benytte seg av en slik presumsjon, nettopp fordi den undergitte ikke kan høres hvis han *"klarlig maatte have indseet"* rettsstriden jfr. pkt. 3.3.7.

³² Jfr. FFOD s. 55 flg.

Tilfellene vil altså være der hvor den undergitte bevislig har innsett rettsstriden, men gjennomfører handlingen likevel. Det kan være ulike årsaker til at en undergitt vil gjøre dette, men den typiske årsak i militær sammenheng er at den undergitte strekker lydigheten lengre enn det som både er nødvendig og tillatt. Et eksempel kan være en undergitt som får ordre om å nekte en krigsfange mat i noen dager for å ”myke” han opp til avhør. Dette vil være et klart brudd på Milstrl. § 108, jfr. 3. Genevekonvensjon, art 26. Den undergitte er klar over rettsstriden, men velger å utføre av lojalitet og lydighet til sin foresatte. Det kan også tenkes mer alvorlige stridssituasjoner hvor den undergitte trues på livet av sin foresatte og derfor føler seg tvunget til å utføre. I disse tilfellene har den undergitte innsett rettsstriden og kan således ikke frifinnes i medhold av § 24. Han kan derimot argumentere for at det forelå objektive straffrihetsgrunner i form av tvang eller nødtilstand.

3.4.3 *”Klarlig maatte have indseet”*

Hvis den undergitte klarlig måtte ha innsett at han ved befallingens utførelse medvirker til en rettsstridig handling, fritas han ikke for straff i medhold av § 24. Den som klarlig måtte ha innsett det rettsstridige blir ansvarlig for egen regning, mens den som er i god tro angående rettsstridigheten normalt slipper straff. Fritagelsen for straff etter Milstrl. § 24 svarer i utstrekning til den militære lydighetsplikt. Den undergitte fritas for straff for handlinger som han har foretatt i henhold til og i samsvar med befallingen, i den utstrekning han ubetinget har vært forpliktet til å adlyde.³³

3.4.3.1 En saklig innsnevring av anvendelsesområdet for § 24

Unntaket om at ordre ikke er en frifinnelsesgrunn hvis den undergitte klarlig måtte ha innsett rettsstriden er en saklig innsnevring av anvendelsesområdet for § 24. Det gis en anvisning om at villfarelse med hensyn til rettsreglene som hovedregel er en frifinnelsesgrunn – altså rettsvillfarelse – med mindre man klart måtte ha innsett

³³ Fleischer s. 66

rettsstriden. Det er derimot presisert i forarbeidene at faktisk villfarelse ikke skal bedømmes etter Milstrl. § 24, men etter Strl. § 42. Det uttales at:

”Forsaavidt den underordnede befinner sig i en vildfarelse om kjendsgjærninger, der har indflytelse paa handlingens strafbarhed, kommer den borgerlige straffelovs § 42 til anvendelse. Den underordnede vil da aldrig kunne straffes, undtagen hvor han burde have indseet handlingens strafbarhed. I saa fald vil han efter den anførte paragrafs andet led kunne straffes for uagtsomhed, forsaavidt denne overhovedet rammes af vedkommende specielle straffebud”.³⁴

Når det gjelder rettsvillfarelse uttales det i forarbeidene samme sted [... *at det i militære forhold vil være naturligt, at den underordnede i ethvert tilfælde, hvor han ikke har indseet eller klarlig burde have indseet befalingens rettsstridige karakter, bør blive straffri, og at saaledes i tilfælde, hvor disse betingelser ikke foreligger, retsvildfarelse bør befri ham for straf. Afvigelse fra den borgerlige straffelovs almindelige regler vil saaledes væsentlig kun bestaa i, at retsvildfarelse bliver undergivet en væsentlig mildere bedømmelse, hvilket antages anvist ved det militære subordinationsforholds særlige karakter.*]

Ut fra dette kan man konstatere at § 24 i stor grad er en regel om rettsvillfarelse. Ordren, med tilhørende lydighetsplikt, fører til at rettsvillfarelsen blir underkastet et mildere aktsomhetskrav.

Straffelovens regler om rettsvillfarelse er regulert i § 57 som lyder: *For den, som ved handlingens foretagelse befandt sig i vildfarelse med hensyn til dens rettsstridige beskaffenhet, kan, saafremt retten ikke finder af denne grund at burde frifinne ham, straffen nedsettes under det for handlingen bestemte lavmaal og til en mildere strafart.*

At rettsvillfarelse skal undergis en *vesentlig* mildere bedømmelse etter Milstrl. § 24 enn etter Strl. § 57 kommer ikke klart frem hvis man sammenligner ordlyden i de to

³⁴ Inst.O. IX (1901-1902) s. 13, sp. 1

bestemmelser. Hvis man derimot sammenligner ordlyden i § 24 med praksis etter § 57³⁵ vil det være rimelig klart at det skal være en vesentlig forskjell.

3.4.3.2 Vurdering opp i mot en objektiv norm med et fast innhold?

Ordene ”klarlig maatte have indseet” gir i sin sammenheng en tydelig indikasjon om at det skal relativt mye til før man ikke kan påberope seg hovedregelen om straffritak. Spørsmålet blir likevel om det er en helt objektiv norm med et fast innhold som legges til grunn. Hvis så er tilfelle, vil man egentlig bare stå overfor den oppgave å fastslå om handlingen som utføres er av en slik art at den går inn under det den objektive norm tilsier. En slik forståelse fører allikevel til et nytt problem, nemlig soldatens eventuelle kjennskap til hva som til enhver tid ligger innenfor den objektive norm. Manglende kjennskap til dette vil også kunne sies å være en rettsvillfarelse, for man må jo spørre seg om den undergitte kjente til eller måtte kjenne til det bestemte innhold. At en slik subsumsjonsvillfarelse eventuelt skulle bli bedømt i forhold til Strl. § 57 ville være lite overensstemmende med hensikten bak regelen i Milstrl. § 24. Hensikten er jo nettopp å lette den undergittes ansvar pga. den strenge lydighetsplikten. Man kan også spørre seg om bestemmelsen gir uttrykk for at det foreligger et objektivt straffansvar ved at man ikke kan unnskyldes seg med rettsvillfarelse med hensyn til innholdet i den objektive norm. For de mest alvorlige handlinger kan nok dette i praksis være tilfellet, men det kan vanskelig tenkes at man har villet innføre et objektivt straffansvar generelt på et område som er så sterkt preget av vurderinger som dette.³⁶ Jeg antar derfor at man ikke kommer utenom en aktsomhetsvurdering.

³⁵ Se pkt. 3.4.3.4

³⁶ Andorsen, Kjell, *Rettsvillfarelse i strafferetten*, Bergen, 2005, s. 244 s. 247-248

3.4.3.3 Hvilket aktsomhetskrav stilles?

I teorien har man tolket ”klarlig maatte have indseet” slik at rettsstriden må ha vært åpenbar.³⁷

I forarbeidene til Milstrl. § 24 brukes ordet ”burde” istedenfor ”maatte” når man uttaler seg om bestemmelsen.³⁸ Etter min oppfatning er det en ikke ubetydelig forskjell på disse to ordene, hvor ”maatte” gir uttrykk for en høyere terskel for når uaktsomhet kan sies å foreligge. Det må også kunne sies at ”burde” gir en anvisning på en mer subjektiv bedømmelse enn ”maatte”. Det er altså en forskjell mellom ordlyden i bestemmelsen og forarbeidene, hvor bestemmelsens ordlyd begunstiger den undergitte. Uten holdepunkter for noe annet, må dette være en såkalt ubevisst motstrid som må løses etter alminnelige rettskildепrinsipper. Hovedregelen er at ordlyd i loven må gå foran forarbeidene i tilfeller som dette, når det ikke går klart frem av forarbeidene at det er ”burde” som er ment.

Utgangspunktet ved lovtolkning er den naturlige forståelse av bestemmelsen ordlyd etter vanlig språkbruk.³⁹ Siden Milstrl. er så gammel kan språkbruken ha endret seg. Det er da språkbruken på tilblivelsestiden som er utgangspunktet for tolkingen.⁴⁰ Et kjent eksempel fra Grunnloven er at når ordet ”bør” brukes i § 105 om ekspropriasjonserstatning, betyr det ”skal”. Ifølge Norsk riksmålsordbok fra 1937⁴¹ kan ”burde” godt bety måtte. Det vises til et eksempel fra jussen, hvor det i en dom kan hete at ”innstevnte *bør* til saksøkeren betale 500 kroner”. ”Bør” har i denne sammenheng ikke noen annen betydning enn skal, og derfor *må* innstevnte betale. Når det gjelder ”måtte” heter det i samme verk at dette kan bety at noe er en nødvendighet, at det handler om tvang eller plikt. Det sies dog ikke at måtte kan bety burde. Den mest nærliggende tolkning er derfor at ”maatte” slik det er brukt i § 24 er et strengere krav enn ”burde” slik forståelsen også er etter dagens ordbruk.

³⁷ Se Norsk lovkommentar, Studentutgave, Bind 1, Oslo, 2005, note 23 til Milstrl. § 24.

³⁸ Inst.O. IX (1901-1902), s. 13, sp. 1. Se også referatet i pkt. 3.4.3.1, andre avsnitt.

³⁹ Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg ved Jan Helgesen, Oslo, 2001, s. 39

⁴⁰ Ibid. s. 61

⁴¹ Norsk riksmålsordbok, Oslo, 1937

Andre norske lover som benytter tilsvarende begrep med tilhørende rettspraksis kan være en relevant rettskildefaktor til forståelsen av begrepet. Rt. 1978 s. 321 omhandler uttrykket ”måtte vita” i Bilansvarsloven § 7, tredje ledd, litra C. Det henvises til forarbeidene⁴² og uttales av førstvoterende at: ”Ved anvendelsen av uttrykket ”visste eller måtte forstå” bør man legge til grunn betydningen av disse ordene i vanlig språkbruk.”(s. 325). Samme sted uttaler han: ”Etter vanlig språkbruk ligger det i ”måtte forstå” eller ”måtte vita” at man har for seg en situasjon som ut fra en normal bedømmelse gjør en mulig uvitenhet uforståelig.” I Rt. 1978 s. 432 ble denne tolkning gitt tilslutning og hvor det også ble uttalt at ”måtte vita” ikke krever positiv kunnskap, men at det er tilstrekkelig at uvitenheten etter omstendighetene må anses uforståelig. I begge disse sakene fremgår det også klart at det legges vekt både på personens forutsetninger og de objektive omstendigheter.

Vegtrafikklovens § 22, annet ledd benytter også et tilsvarende uttrykk. Vtrl. § 22, annet ledd er den s.k. ”sekstimersregelen” som bestemmer at etterfølgende alkoholnyttelse er forbudt hvis man ”må forstå” at det kan bli politietterforskning. Allerede i Rt. 1960 s. 1409⁴³ kom førstvoterende, ved hjelp av forarbeidene, frem til at: ”uttrykket ”må forstå” ikke innebærer at det er nødvendig at det finnes bevist at bilføreren positivt forsto at det kunne bli politietterforskning, mens det på den annen side ikke er tilstrekkelig at han ”burde” ha forstått det. Det kreves med andre ord kvalifisert uaktsomhet.” Denne tolkningen er senere gitt tilslutning i flere saker.⁴⁴

”Klarlig maatte have indseet” indikerer også klart at det skal mer enn simpel uaktsomhet til for at den undergitte ikke skal kunne høres. Det vises til en aktsomhetsvurdering der normen ligger i området for grov uaktsomhet. Det indikeres en situasjon hvor rettsvillfarelsen er særlig klanderverdig og at den undergitte er sterkt å bebreide. Man må spørre seg i hvilken grad den undergitte kan bebreides at han ikke visste at han ved befalingens utførelse medvirket til en rettsstridig handling. Dette er i samsvar med hva

⁴² Ot.prp. nr. 24 (1959-1960) s. 30

⁴³ Rt. 1960 s. 1409 gjaldt den tidligere Motorvognlovens § 17, tredje ledd, men benyttet samme begrep.

⁴⁴ Se Torgersen og Engstrøm, Vegtrafikkloven og trafikkreglene med kommentarer, Oslo 1998, s. 287 flg.

Høyesterett definerer som grov uaktsomhet, jfr. Rt. 1970 s. 1235 og Rt. 1983 s. 1222, hvor det er lagt til grunn at ”det må foreligge en kvalifisert klanderverdig opptreden som foranlediger sterke bebreidelser for mangel på aktsomhet” for at grov uaktsomhet kan sies å foreligge. Dette syn er nå kodifisert i den nye straffelovens § 23, 2. ledd hvor det heter at ”Uaktsomheten er grov dersom handlingen er svært klanderverdig og det er grunnlag for sterk bebreidelse.”⁴⁵ Den øvre grense for denne uaktsomheten vil være den positive kunnskap om rettsstriden.

Utfordringen i denne forbindelse er å fastlegge hva som er den nedre grense for denne type uaktsomhet. Om noe er kvalifisert klanderverdig og gir grunnlag for sterk bebreidelse er også en svært relativ vurdering som det må være opp til rettspraksis å fastlegge rammene for. Jeg vil derfor begrense meg til å komme med antagelser om hvilke momenter domstolene vil finne relevante og legge vekt på i vurderingen.

3.4.3.4 Strl. § 57 som veiledende utgangspunkt

For å kunne si noe om hva som er realitetsinnholdet i unntaket om klart måtte ha innsett i Milstrl. § 24, mener jeg det vil være fornuftig å ta utgangspunkt i hvordan man vurderer rettsvillfarelse etter Strl. § 57. Dette fordi forarbeider, teori og manglende praksis omkring bestemmelsen i Milstrl. § 24 gir liten veiledning,⁴⁶ samt at det som et utgangspunkt vil være relevant å vurdere de samme momenter.

I rettspraksis er det fastslått at det kun er den unnskyldelige rettsvillfarelse som er straffriende.⁴⁷ Unnskyldelig står her i motsetning til uaktsom, og man må altså spørre seg om det var uaktsomt av gjerningsmannen at han ikke kjente til at handlemåten var

⁴⁵ Lov om Straff (Straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 (ikke trådt i kraft)

⁴⁶ Jfr. note 1

⁴⁷ Andenæs s. 259 og Bratholm & Matningsdal (red) *Straffeloven*, Kommentirutgave, Oslo, 1991, s. 245 med henvisninger til praksis.

rettsstridig. Det innebærer at det kun er den rettsvillfarelse som i det hele tatt ikke kan legges gjerningsmannen til last, som virker straffriende.

Den faktiske hovedregel er derfor at rettsvillfarelse ikke blir godtatt som frifinnelsesgrunn. Det må derimot foreligge særlige omstendigheter for at rettsvillfarelsen skal bli anerkjent som unnskyldelig.⁴⁸ Disse særlige omstendigheter må vise at det ikke foreligger uaktsomhet med hensyn til villfarelsen, men derimot at det foreligger en slik aktsomhet som rettssystemet krever.

Uaktsomhet er i den nye straffeloven definert i § 23, som lyder: ”Den som handler i strid med kravet til forsvarlig opptreden på et område, og som ut fra sine personlige forutsetninger kan bebreides, er uaktsom.”⁴⁹ Ifølge forarbeidene er det ikke meningen med noen realitetsendring i forhold til den gjeldende regel om uaktsomhet, så definisjonen må således sees på som en kodifisering av gjeldende rett.⁵⁰ Definisjonen i § 23 og tidligere praksis vedrørende uaktsomhet gir en anvisning om at det skal foretas en vurdering opp i mot en normalmålestokk. Det må imidlertid kunne sies at det i forhold til rettsvillfarelse mer legges til grunn en idealmålestokk. Denne strenge aktsomhetsvurderingen i forhold til rettsvillfarelse har fremkommet i rettspraksis⁵¹ og har sin klare begrunnelse i effektivitetshensyn.

Det er den faktiske situasjon som har foreligget som må danne grunnlag for en bedømmelse av aktsomheten. Ved en ”normal” vurdering av aktsomhet opp i mot et straffebud, vil dette innebære at det ikke holder å konstatere de rene fakta omkring en persons handlemåte, men også de omkringliggende omstendigheter. Hvis man skal vurdere aktsomheten til en sjåfør som har kjørt ned en fotgjenger, holder det ikke bare å finne ut hvilken fart han har holdt og hvordan han har manøvrert kjøretøyet. Man må også ta med i vurderingen momenter som

⁴⁸ Andenæs s. 260

⁴⁹ Lov om Straff (Straffeloven) av 20. mai 2005 nr. 28 (ikke trådt i kraft)

⁵⁰ Ot.prp. nr. 90 (2003-2004) s. 426, sp. 2

⁵¹ Se bl.a. Rt. 1986 s. 849

lysforhold, føreforhold, trafikkbilde m.m. for å kunne vurdere aktsomheten i det konkrete tilfellet.

På samme måte vil det bli når man vurderer om en rettsvillfarelse er aktsom eller ei. Det er ikke tilstrekkelig å kun konstatere at det i et normalt tilfelle ville være uaktsomt å være i villfarelse med tanke på de aktuelle rettsregler. Man må også ta hensyn til omstendigheter som tid til rådighet for vurdering, om det har vært en særlig oppmodning til å sette seg inn i reglene på det aktuelle området osv. Det man her vurderer er allikevel kun om handlingen er aktsom i forhold til en objektiv norm, altså om villfarelsen eller handlingen objektivt sett er uaktsom.

Tid til rådighet for vurdering vil være svært forskjellig fra situasjon til situasjon for en soldat. Hvis man befinner seg i en alvorlig stridssituasjon vil det ikke være mye tid til å vurdere, mens det i normal patruljetjeneste under rolige forhold normalt er både tid og anledning til å vurdere ordren før man iverksetter.

I forhold til mulighetene for vurdering er det interessant at det i forarbeidene til Milstrl. uttales at den undergitte må avholde seg fra enhver kritikk angående befalingens rettmessighet og følgene av dens utførelse.⁵² At en undergitt må avholde seg fra enhver kritikk er en meget streng anvisning og gir i utgangspunktet lite rom for den undergitte til å komme med sine synspunkter. Et slikt utgangspunkt kan i mange sammenhenger tenkes å hindre en oppklaring av hva ordren egentlig går ut på. Det kan også være til hinder for spørsmål fra den undergitte som kan belyse rettmessigheten av ordren. Til sammenligning har eksempelvis polititjenestemenn en anledning til å konferere med foresatt om hvorvidt en ordre er rettmessig jfr. Politiinstruksen § 6-1, annet ledd, annet punktum. Med utgangspunkt i Milstrl. § 24 mener Andorsen⁵³ at soldater verken har plikt eller rett til å konferere med foresatt om hvorvidt ordren er lovlig eller ikke, og at soldatene derfor i prinsippet er overlatt til seg selv å vurdere hvis han kommer i tvil om lovligheten.

⁵² Utkast til Milstrl. 1898, s. 76, sp. 2

⁵³ Andorsen, s. 244

Denne oppfatningen synes å være i overensstemmelse med forarbeidene. Nedenfor vil jeg vise at en slik oppfatning kan tenkes noe foreldet på grunn av endrede forhold i det militære system.

I et gitt tilfelle kan man si at den undergitt kommer i en situasjon av plikt-kollisjon. På den ene siden har han plikt til å adlyde og utføre ordren, på den annen side har han plikt til å la være å utføre en ordre som er klart rettsstridig. At dagens militære system har endret seg siden Milstrl. ble vedtatt, er utvilsomt. Forholdet mellom foresatt/undergitt er nok i dag mer preget av kollegialitet og samarbeid. Forklaringen bak denne endringen kan blant annet finnes i endret trusselbilde og derfor endrede militære doktriner, strategi og taktikk.⁵⁴ Operasjoner skjer i større grad i mindre forband hvor det er nært samarbeid mellom foresatt/undergitt. Militær effektivitet forutsetter gode samarbeidsforhold mellom foresatt/undergitt. Militært lederskap er derfor mer preget av motivering og at man skaper felles forståelse, enn av ordrer uten begrunnelse som det forventes at den undergitte blindt adlyder.

Det er også viktig å huske på at forholdet foresatt/undergitt ikke bare dreier seg om forholdet mellom befal og menig. Det dreier seg like mye om forholdet mellom for eksempel brigadesjef og bataljonsjef. I dette forholdet vil det være enda større grunn til å forvente at den undergitte kommer med velgrunnet kritikk og søker en oppklaring av ordrens grunnlag og innhold.

Enhver undergitt har en lojalitetsplikt ikke bare overfor foresatt, men overfor Forsvaret og myndighetene som sådan. Denne lojalitetsplikten vil innebære en plikt til å si ifra hvis man for eksempel mottar ordrer som man mener klart strider mot krigens folkerett. En unnlatt kritikk av en ordres rettmessighet og dens følger kan derfor tenkes å være et brudd på denne lojalitetsplikten. Rettmessigheten av en slik kritikk, vil selvfølgelig være avhengig av tid og sted og hva slags situasjon man er i. I dagens typiske internasjonale operasjoner,

⁵⁴ Jfr. FFOD, del A

hvor man ofte bruker mer polisiære virkemidler, vil det være en større oppfordring og anledning til å komme med konstruktiv kritikk av ordre fra foresatt, og det vil være all mulig grunn til å nærme seg politiets doktrine på dette punkt. I høyintensiv krigføring hvor situasjonsbildet ofte er mer kaotisk og ting må skje hurtig, er det derimot ikke alltid samme anledning.

At den undergitte har en større oppfordring og anledning i dag enn tidligere til å kritisere og diskutere ordrer han får, vil føre til et større ansvar på den undergitte enn om så ikke hadde vært tilfelle. Han har en bedre mulighet til å få klarlagt hva ordren går ut på og hva bakgrunnen for ordren er. Hvis man har denne muligheten, men ikke benytter seg av den, vil det være et argument som taler mot den undergitte når han påberoper seg ordre som frifinnelsesgrunn. Hvis han ved å benytte seg av muligheten kunne ha kommet i en situasjon hvor han klart måtte innse rettsstridigheten i ordren, er det altså grunn til å legge vekt på det.

3.4.3.5 Skal det foretas en subjektiv bedømmelse?

Et annet hovedspørsmål i forbindelse med en aktsomhetsvurdering er om det skal foretas en subjektiv bedømmelse, dvs. om en skal ta hensyn til den handlendes individuelle egenskaper. Skal en bedømme den dumme og den smarte likt? Eller skal en ta hensyn til intelligensnivået hos den dumme og derfor bedømme han mildere med det resultat at det skal mer til før man kan si at han har overtrådt grensen for uaktsomhet? I juridisk teori⁵⁵ er det antatt at den enkelte skal bedømmes etter sin faktiske kunnskap med mindre det kan bebreides han at han ikke har skaffet seg slik kunnskap. Et eksempel på at faktisk kunnskap tillegges vekt finnes i Rt. 1984 s. 91 hvor det ble uttalt at hvis en bilfører kjenner til at et veikryss er uoversiktlig, så må han innrette seg etter dette når han passerer krysset. Likedan hvis en foresatt gjennomfører en øvelse hvor skyting med rekylfri kanon inngår som en del av øvelsen, vil det typisk kunne bebreides han hvis han ikke har satt seg inn i sikkerhetsbestemmelsene for slik skyting. I dette tilfellet vil ikke den faktiske kunnskap

⁵⁵ Andenæs s. 247

danne utgangspunkt for uaktsomhetsvurderingen, men bebreidelsen for ikke å ha satt seg inn i sikkerhetsbestemmelsene vil nok føre til at uaktsomhet blir konstatert.

Hvis den objektive feil skyldes mangel på individuelle forutsetninger som intelligens, erfaring, syn, hørsel osv. vil målestokken i utgangspunktet være subjektiv.⁵⁶ Man skiller mellom det en person kan noe for og det han ikke kan noe for. Det er kun der hvor han selv kan noe for at det har skjedd en feil at det er grunn til bebreidelse, men man kan ikke bebreide noen for å være dum eller uten erfaring i utgangspunktet.

Et siste moment i aktsomhetsvurderingen som må nevnes, er der hvor en person frivillig begir seg inn på en virksomhet som krever særlig kyndighet. En vil ikke her bli vurdert opp i mot en normalnorm som gjelder for alle, men derimot opp i mot de profesjonelle standarder som finnes for den aktuelle virksomhet. For eksempel vil en tannleges behandling måtte vurderes opp i mot de til enhver tid gjeldende standarder for slik behandling og det vil lett føre til uaktsomhet hvis man ikke setter seg inn i de endringer i slike standarder som måtte finne sted. En person som blir innkalt til førstegangstjeneste kan ikke sies å ha frivillig begitt seg inn på en virksomhet, men for de internasjonale operasjoners vedkommende må man kunne si at så er tilfelle da dette skjer etter frivillig kontraktsinngåelse. Prinsippet må derfor som et utgangspunkt også gjelde for disse. Det kan imidlertid hevdes at en fersk soldat til en viss grad er velsignet sine foresattes prioriteringer hva gjelder undervisning i militære lover og regler, og at det muligens vil være et noe mildere krav om å tilegne seg kunnskap for disse. Hvis det derimot dreier seg om en profesjonell soldat som tjenestegjør over lengre tid, må det kunne stilles krav til at denne også på eget initiativ setter seg inn i for eksempel krigens folkerett.

I tillegg til de generelle vurderinger av aktsomhet finnes det i tillegg flere momenter som kan være spesielt relevante når man skal vurdere om det foreligger unnskyldelig

⁵⁶ Ibid s. 249

rettsvillfarelse etter Strl. § 57. Disse vil også være relevante for vurdering opp i mot Milstrl. § 24.

Tiltaltes stilling

Også i sivile forhold har det vist seg at tiltaltes stilling kan tillegges betydelig vekt ved avgjørelsen av om det foreligger unnskyldelig rettsvillfarelse. I Rt. 1955 s. 929 og Rt. 1965 s. 419 fremgår det at den som har en fremtredende stilling i en virksomhet vil bli stilt overfor strenge krav i forhold til hva som kan anses å være en unnskyldelig rettsvillfarelse. Rettspraksis viser også at det lettere kan anses som en unnskyldelig rettsvillfarelse når en undergitt har handlet etter den overordnede instruksjoner jfr. Rt. 1990 s. 1300. Begrunnelsen for dette er den samme som i militære forhold. At man har en ”fremtredende stilling i virksomheten” må være skjerpende også i militære forhold. En general vil således bli stilt overfor strengere krav enn en menig, en krigsskoleutdannet strengere enn en befalsskoleutdannet osv.

At forståelsen av loven har vært tvilsom

Det kan forekomme at en lov er tvilsom rent juridisk i form av at ordlyden er uklar og selv juridiske eksperter er uenige om dens innhold og rekkevidde. Et dagsaktuelt eksempel kan være reglene om arbeidsgivers innsynsrett i de ansattes e-post. Her er det ikke enkelt for arbeidsgiver å finne frem til den gjeldende rettregel. Har en person derimot innrettet seg lojalt etter det han trodde var regelen på en aktsom måte, vil det kunne være en unnskyldningsgrunn. Hvis han allikevel trår feil vil det ikke nødvendigvis være selve vurderingen av lovligheten som anses uaktsom, men at det eventuelt var uaktsomt å handle som han gjorde når det var tvil om regelens innhold og derved lovligheten. I forarbeidene til den nye straffeloven uttales det at [dagens strenge aktsomhetskrav bør dempes noe med sikte på situasjoner der myndighetene ikke har gjort nok for å avverge rettsuvidenheten. Dette kan for eksempel være tilfelle dersom reglene er unødvendig uklart utformet, eller der myndighetene ikke har gjort nok for å informere om nye regler].⁵⁷ Jeg vil anta at de

⁵⁷ Ot. Prp. Nr. 90 (2003-2004) s. 237, sp. 1

samme argumenter vil være relevante i forhold til Milstrl. § 24. Reglene om for eksempel krigsforbrytelser er ikke i seg selv nødvendigvis uklart utformet, men rettsreglene blir fort uklare når man trekker inn prinsippene om militær nødvendighet, proporsjonalitet og distinksjon.⁵⁸ At myndighetene ikke har gjort nok for å klargjøre reglene forstår jeg slik at det må være relevant å ta med i vurderingen om den undergitte har fått en forsvarlig opplæring i krigens folkerett før tjenestegjøring i internasjonale operasjoner, så sant en mangelfull opplæring ikke kan legges den undergitte til last.

At man må forholde seg til ukjente regler

At gjerningsmannen er fremmed på stedet (oppholder seg i fremmed stat), kan i noen tilfeller føre til at det foreligger en rettsvillfarelse etter Strl. § 57. Bakgrunnen for dette er at man ikke kan forvente at en person som for en kortere periode oppholder seg i en annen stat skal kunne sette seg inn i alle lover og regler som potensielt kan være aktuelle. Rettspraksis viser at denne unnskyldningsgrunnen først og fremst vil få gjennomslag der hvor det er snakk om overtredelse av mer perifere og spesielle straffebud, samt hvis gjerningen ikke er straffbar etter hjemlandets lov, jfr. Rt. 1981 s. 444 hvor en svenske ble frifunnet pga. unnskyldelig rettsvillfarelse for tiltalen om overtredelse av Vtrl. § 22, 2. ledd om etterfølgende alkoholinntak. I begrunnelsen ble det bl.a. anført at tilsvarende straffebud ikke finnes i Sverige eller noe annet land. En utlending som skal drive en spesiell form for virksomhet her i landet har derimot en mye sterkere oppfordring til å sette seg inn i de gjeldende regler og vil derfor sjelden kunne høres med at rettsvillfarelsen var unnskyldelig jfr. for eksempel Rt. 1999 s. 601. Jfr. prinsippet om senderstatsjurisdiksjon i internasjonale militæroperasjoner, vil man sjelden komme i den situasjon at norske soldater strafferettslig må forholde seg til fremmed stats lovgivning i særlig grad. Rasjonale bak praksisen om at rettsvillfarelsen kan gis en mildere bedømmelse hvis man befinner seg i en annen stat, kan allikevel være relevant for norske soldater. Rasjonale er jo at man ikke har samme forutsetning for å være kjent med reglene og norske soldater har ikke samme forutsetning for å være kjent med regler om krigens folkerett som intern norsk lovgivning. Men dette

⁵⁸ Se pkt. 5 for mer om denne problematikken.

argumentet vil nok være forbeholdt de tilfeller hvor reglene er uklare og preget av vanskelige vurderinger, for soldater har jo en oppfordring til å sette seg inn i reglene for den virksomheten de skal bedrive.

3.5 Delkonklusjon

Hovedregelen i Milstrl. § 24 er altså straffrihet. § 24 er ikke formulert som en objektiv straffrihetsgrunn, men derimot som en spesialbestemmelse som regulerer relevansen av rettsvillfarelse hos den undergitte. Det er den undergittes uvitenhet om ordrens rettsstrid som begrunner frifinnelse. Uvitenheten gis en mild bedømmelse på grunn av den strenge lydighetsplikt i militære forhold og at den undergitte i utgangspunktet skal kunne presumere at den ordren han får fra sin foresatte ikke er rettsstridig. Den undergitte må være sterk å bebreide for uvitenheten hvis uvitenheten ikke skal kunne føre til straffrihet. Det avgjørende for spørsmålet om straffrihet vil være en helhetsbedømmelse av handlemåten hvor samtlige relevante omstendigheter trekkes inn i vurderingen. Ift. Strl. § 57 hevdet jeg at vurderingen av aktsomhet mer foretas opp i mot en idealmålestokk enn en normalmålestokk. Det samme må gjelde for Milstrl. § 24, men forskjellen ligger i at idealmålestokken her vil være langt høyere. Begrunnelsen for den strenge aktsomhetsnormen ift. Strl. § 57 er som tidligere nevnt effektivitetshensyn. Effektivitetshensynet er heller ikke fraværende ift. Milstrl. § 24, men her har hensynet til den militære lydighetsplikt, og derunder militær effektivitet, skjøvet det strafferettslige effektivitetshensyn noe til siden.

4 Internasjonal lovgivning

4.1 Bakgrunn

I forbindelse med forhandlingen om Tilleggsprotokoll I til Genevekonvensjonene av 1949 foreslo den Internasjonale Røde Kors Komitè (IRKK) en bestemmelse om betydningen av ordre fra foresatt. Forslaget gikk ut på at det ikke fritar for straff at en handling utføres etter

ordre, dersom handlingen representerer et brudd på Genevekonvensjonene eller protokollen. Forslaget omfattet dessuten en regel om at ingen kan straffes for ordrenektelse dersom utførelsen av ordren ville medføre et slikt brudd.

Ifølge storingsmeldingen ifm protokollen⁵⁹ bygget forslaget på prinsipper som ble fastslått etter annen verdenskrig, i første rekke Nürnbergprosessen og praksisen som fremtrådte ved bruken av artikkel 8 i Nürnbergdomstolens vedtekter. Det fastslås deretter uten noen videre sammenligning at disse prinsippene er gjennomført i norsk rett, jfr. Milstrl. §§ 46 og 24.

IRKK møtte sterk motstand fra flere hold. Det ble særlig pekt på at en slik regel kunne få alvorlige skadevirkninger for den militære disiplin, og dessuten at mange av protokollens regler var så kompliserte, at det ikke ville være praktisk mulig å overlate til den enkelte soldat å avgjøre om en handling ville representere et mulig brudd på disse regler. Forslaget ble derimot støttet fra norsk side, da en så det som en ønskelig stadfesting av gjeldende folkerettsprinsipper. Forslaget oppnådde imidlertid ikke det nødvendige flertall (2/3). Norge avga i en stemmeforklaring⁶⁰ uttrykk for at stemmeresultatet ikke på noen måte skulle påvirke innholdet i allerede gjeldende folkerett, jfr. prinsippene etter praksis ved bruk av art. 8 i Nürnberg vedtektene.

I hvert fall siden annen verdenskrig har det vært anerkjent at ikke bare stater, men også individer kan holdes ansvarlige for enkelte handlinger etter den alminnelige folkerett. Men spørsmålet om en internasjonal straffedomstol går inn i kjernen av de spørsmål som knytter seg til en stats suverenitet. Å beholde kontrollen med den strafferettslige prosess overfor sine egne borgere blir ansett å være et grunnprinsipp og noe statene nødig har villet gi fra seg. Dette er nok også hovedgrunnen til at det skulle gå meget lang tid fra de første tankene

⁵⁹ St.mld. 102 (1978-79)

⁶⁰ Sammen med en rekke andre land; deriblant Sverige og Nederland

om en permanent internasjonal straffedomstol, til regler om en slik domstol faktisk hadde materialisert seg.⁶¹

Romavedtektene av 17. juli 1998 for Den Internasjonale Straffedomstol (ICC) er altså et resultat av en meget lang prosess hvor de kontraherende parter har fremforhandlet en traktat. At vedtektene er fremforhandlet på forhånd, i form av at de har sitt virkeområde på handlinger som måtte bli begått etter vedtakelsen, står i motsetning til vedtektene for Nürnbergtribunalet som også ble fremforhandlet, men da av de seirende stater. Det er også en forskjell i forhold til de sikkerhetsrådsresolusjoner som hjemler vedtektene for ICTY⁶² og ICTR,⁶³ hvor det er medlemmene i Sikkerhetsrådet som kom frem til vedtekter som skulle gjelde med tilbakevirkende kraft overfor krigsforbrytere i andre stater enn de som var representert i Sikkerhetsrådet. Ikke i noen av disse nevnte vedtekter var det derfor aktuelt med straffeforfølgning mot individer i de stater som var med på å utforme vedtektene. Disse statene stod derfor ikke overfor noen problematikk mtp inngripen i deres suverenitet hva gjelder straffeforfølgning av deres borgere. Uten å spekulere for mye, kan det nok være verdt å huske på dette utgangspunktet når man oppdager ulikheter i vedtektene for de midlertidige tribunaler kontra ICC.

4.2 Generelt om ICC vedtektene

ICC har jurisdiksjon for forbrytelser begått enten på territoriet til en av de kontraherende parter eller den mistenkte må være statsborger i en av de kontraherende stater jfr. art. 12. Adgang til å initiere sak for domstolen har henholdsvis en statspart, sikkerhetsrådet eller hovedanklageren jfr. art. 13.

⁶¹ Iflg. St.prp. nr. 24 (1999-2000) pkt. 2.1 ble det første konkrete forslag om en permanent internasjonal straffedomstol lansert i 1872. Det var en av Den Internasjonale Røde Kors Komiteens grunnleggere, sveitseren Gustave Moynier, som tok til orde for opprettelse av en domstol for straffeforfølgning av individer for brudd på den første Genevekonvensjon av 1864 om behandling av sårede soldater. Domstolen skulle bestå av fem dommere, hvorav to skulle oppnevnes av de krigførende stater og tre av nøytrale stater.

⁶² Jugoslavia domstolen

⁶³ Rwanda domstolen

De forbrytelser som faller inn under domstolens jurisdiksjon er nevnt i art 5 og er følgende:

- Folkemord jfr art 6
- Forbrytelser mot menneskeheten jfr art 7
- Krigsforbrytelser jfr art 8

En begrensning i forhold til disse forbrytelseskategoriene er nevnt i innledningen i art 5 hvor det heter at jurisdiksjonen "shall be limited to the most serious crimes of concern to the international community as a whole". Denne begrensning, sett i sammenheng med domstolens naturlig nok begrensede kapasitet, indikerer at det kun vil være de mest alvorlige brudd på internasjonal humanitær rett som er aktuelle. Dette har dog ingen formell innvirkning på tolkingen av bestemmelsene i vedtektene.

4.3 ICC artikkel 33

For denne oppgaven sin del er det interessante at ICC vedtektene har et eget avsnitt om generelle strafferettslige prinsipper i kapittel 3, art. 22 til 33.

Bestemmelsene i vedtektene kapittel 3 gjelder bare for domstolens behandling, og det er ikke noe krav om at nasjonal lovgivning skal være i samsvar med disse. Dersom det foreligger vesentlige avvik som medfører at personer ville blitt straffet etter vedtektene, ikke kan straffes etter nasjonal lovgivning, vil man imidlertid kunne risikere at domstolen anser dette som manglende evne eller vilje til å foreta straffeforfølgning og selv overtar straffeforfølgningen jfr. ICC art. 17. Ifølge forarbeidene er prinsippene i vedtektene i hovedsak sammenfallende med de strafferettsprinsipper norsk rett bygger på, dog med unntak bl.a. av at vi ikke har bestemmelser om at enkelte forbrytelser ikke skal foreldes.⁶⁴

Bestemmelsen om ordre fra overordnet som straffrihetsgrunn finner man i art 33, som lyder:

⁶⁴ Jfr. Ot.prp. nr. 90 (2000-2001)

”Superior order and prescription of law”

1. The fact that a crime within the jurisdiction of the court has been committed by a person pursuant to an order of a government or of a superior, whether military or civilian, shall not relieve that person of criminal responsibility unless:

- a) The person was under a legal obligation to obey orders of the government or the superior in question;*
- b) The person did not know that the order was unlawful; and*
- c) The order was not manifestly unlawful.*

2. For the purposes of this article, orders to commit genocide or crimes against humanity are manifestly unlawful.

Innledningsvis skal man merke seg at hvis betingelsene er tilstede gir bestemmelsen mulighet for fullstendig straffrihet og at handlingen derfor ikke utgjør en kriminell handling. Dette er i tråd med doktrinen om conditional liability, i motsetning til tidligere internasjonal praksis hva gjelder statutter for internasjonale domstoler og tribunaler. Herunder for eksempel Nürnberg statuttene art 8, ICTY art 7(4) og ICTR art 6(4) som kun tillater straffnedsettelse på bakgrunn av ordre fra overordnet og derfor er i tråd med doktrinen om absolute liability.

Noen kommentatorer hevder at ICC art. 33 er i strid med internasjonal sedvanerett siden man har fulgt conditional liability doktrinen.⁶⁵ Andre kommentatorer mener derimot at art. 33 er uttrykk for internasjonal sedvanerett i overensstemmelse med for eksempel Nürnberg vedtektene. At disse vedtektene fulgte doktrinen om absolute liability og hadde en absolutt

⁶⁵ Se Gaeta, Paula, *The Statute of The International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, no. 10 (1999), s. 144-171, et synspunkt som tilsynelatende er støttet av Antonio Cassese.

regel hvor straffrihet ikke var en opsjon, skyldes ifølge Garraway⁶⁶ at disse vedtektene var laget spesielt for å stille for retten tyske krigsforbrytere som var tiltalt for meget alvorlige forhold. Det samme gjelder vedtektene for ICTY og ICTR. Dette var altså vedtekter laget for spesifikke saker under spesifikke omstendigheter hvor man ikke så det aktuelt at ordre kunne utgjøre en absolutt frifinnelsesgrunn. Derfor ville det etter Garraways mening være feil å utlede sedvaneretten kun med dette som utgangspunkt når man skulle lage statutter for en domstol som skulle dømme i fremtidige saker av ukjent type og omfang. Å ha en slik regel i ICC vedtektene som skal gjelde for fremtidige saker mener Garraway vil kunne føre til urett, da han blant annet peker på flere eksempler hvor en handling som etter statuttene objektivt sett utgjør en forbrytelse ikke nødvendigvis er åpenbart rettsstridig for enhver undergitt. Det kan også nevnes at et stort antall nasjonale rettssystemer bygger på læren om conditional liability⁶⁷ og således er med på å underbygge Garraways påstand om at art. 33 ikke strider mot sedvaneretten.

Juridisk teori⁶⁸ og forarbeider⁶⁹ synes å legge til grunn at art. 33 og Milstrl. § 24 er i overensstemmelse i sitt realitetsinnhold, uten at det foreligger noen omfattende komparativ analyse av de to bestemmelsene. Jeg har derfor til hensikt i det følgende å verifisere om denne presumsjonen er riktig.

4.3.1 "Superior"

Både i overskriften og i resten av bestemmelsen benyttes den engelske termen "superior". I den norske oversettelsen er termen konsekvent oversatt til "foresatt"⁷⁰. Det kan diskuteres om ikke "superior" heller burde vært oversatt med "overordnet". Som jeg senere kommer til, er det imidlertid et krav i art. 33 at den undergitte hadde en rettslig plikt til å følge

⁶⁶ Garraway, Charles, *Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied*, International Review of the Red Cross, No. 836 (1999) s. 785-794.

⁶⁷ Blant andre USA, Tyskland, Nederland, Israel, Spania, Danmark, Finland, Norge

⁶⁸ Dahl, Arne Willy, *Håndbok i militær folkerett*, Oslo, 2003, s. 380

⁶⁹ St.prp. nr. 24 (1999-2000) s. 72, sp. 2

⁷⁰ St.prp. nr. 24 (1999-2000) s. 70 og Ot.prp. nr. 95 (2000-2001).

ordren. Vi er derfor tilbake til det samme skillet mellom foresatt og overordnet slik dette er regulert i militær straffelov. Så lenge man har med kravet om rettslig plikt til å adlyde, vil det altså ikke få noen betydning hvilken betegnelse man bruker på den som har gitt ordren. At den norske oversettelsen bruker termen foresatt er vel derfor kun for at ordlyden skal være i overensstemmelse med tilsvarende norsk bestemmelse i Milstrl. § 24.

4.3.2 Hovedregelen i art. 33 (1)

Hovedregelen i bestemmelsen finner man i art. 33 (1).

Av plasshensyn har jeg valgt å ikke kommentere ICCs jurisdiksjon. "Crime within the jurisdiction of the court" vil jeg derfor ikke kommentere nærmere, men bare konstatere det selvfølgelig i at ordren må gjelde en forbrytelse som ligger innenfor domstolens jurisdiksjon.

Forbrytelsen må være "committed by a person pursuant to an order". Handlingen må være begått fulgt etter (pursuant to) ordre. Det må altså foreligge en årsakssammenheng mellom ordren og utførelsen av handlingen. Motivet for å handle må være ordren som er gitt.⁷¹

Hvis personen ikke handler "pursuant to" ordre, vil han måtte sies å handle for egen regning. En tilsvarende reservasjon finnes i Milstrl. § 24 hvor overskridelse av befalingen fører til straffansvar. Hvis man først argumenterer med at man ikke er straffansvarlig fordi man fulgte ordre har man jo selv implisert at man fulgte ordren. Art. 33 inneholder ikke noe som kan oversettes til det samme som "overskrider" jfr. Milstrl. § 24. Det kan derfor spørres om den samme begrensning vil gjelde ift. art. 33. "Pursuant to" vil jo nettopp bety at man følger etter det ordren gir uttrykk for og hvis man ikke gjør det, så vil man enten unnlate å gjøre noe eller man går ut over det man har fått ordre om, altså en overskridelse som ikke kan medføre straffrihet etter art. 33.

⁷¹ Se Johansen, Sigrid Redse, "Ordre fra overordnet som frifinnelsesgrunn for internasjonale forbrytelser", spesialoppgave ved Universitetet i Oslo, Oslo, (2002), s. 32

4.3.3 *"Government or superior, whether military or civilian"*

Ordren må komme fra "Government or superior, whether military or civilian". I den norske oversettelsen er "Government" oversatt til "regjering". Det kan argumenteres for at termen "Government" skulle innbefatte mer enn kun regjeringen.⁷² Regjering er jo et rimelig klart definert begrep, i hvert fall for Norges del, og utelukker således andre myndigheter. Den engelske termen må allikevel være utgangspunktet for tolkingen, da den norske oversettelsen ikke er autoritativ.⁷³ Termen "Government" kan også oversettes til å bety "myndigheter" og vil i så tilfelle innbefatte mer enn kun regjeringen. En lengre drøftelse av hva som skal inngå under begrepet anser jeg uansett å være overflødig da det er et vilkår i nr. 1, litra a at vedkommende må være rettslig forpliktet til å adlyde. Denne rettslige forpliktelsen må igjen bygge på internrettslige bestemmelser slik at grensen blir den samme som i Milstrl. § 24. Bestemmelsen bør derfor heller tolkes som en bestemmelse om at også for eksempel regjeringer kan være overordnet i denne sammenheng.

Ordren kan komme fra enten militær eller sivil overordnet. Som jeg tidligere har kommet til, er det i Milstrl. § 24 ikke noe til hinder for at befalingen kommer fra en sivil foresatt som er berettiget til å gi en befaling som skal adlydes av en annen jfr. Milstrl. § 6.⁷⁴ Derfor vil det igjen kun være internrettslige vurderinger som avgjør om det forelå en rettslig plikt til å adlyde. Art. 33 og Milstrl. § 24 er således overensstemmende på dette punkt.

4.3.4 Hovedregel om straffansvar

Selv om handlingen er begått etter en ordre fra noen av de ovennevnte, heter det at ordren "shall not relieve that person of criminal responsibility". Hovedregelen i art. 33 er altså straffansvar selv om man følger ordre. Dette er det motsatte utgangspunkt av Milstrl. § 24 som angir en hovedregel om straffrihet. Et berettiget spørsmål blir derfor om de forskjellige

⁷² Ibid s. 34

⁷³ De autoritative tekster foreligger på arabisk, kinesisk, engelsk, fransk, russisk og spansk jfr. ICC art. 128

⁷⁴ Jfr. pkt. 3.3.1

utgangspunkt har noen betydning for tolkningen og om det eventuelt fører til en forskjell i realitetsinnholdet i de to bestemmelsene.

Formuleringen av bestemmelsen som en hovedregel om straffansvar med begrensede unntak, ble valgt av psykologiske og bevismessige grunner.⁷⁵ At den som har utført en handling som går inn under domstolens jurisdiksjon som hovedregel ikke er straffri, antas å være mer i samsvar med den alminnelige rettsfølelse. Bevismessige hensyn kan være at en slik utforming lar det være opp til den tiltalte å bevise at vilkårene for straffrihet er oppfylt.⁷⁶

Selv om det er en slags presumsjon for straffbarhet i hovedregelen i art. 33, impliserer ikke dette automatisk at bevisbyrden er snudd. Dersom den skulle være snudd i tiltaltes disfavør måtte dette i hvert fall være slått eksplisitt fast, for ikke å komme i strid med art. 66 om uskyldspresumsjon og at bevisbyrden påhviler hovedanklageren, og art 67 nr. 1, litra i som gir forbud mot å pålegge tiltalte omvendt bevisbyrde eller å bli pålagt å føre motbevis for noe forhold. I forhold til utformingen i Milstrl. § 24, som setter som hovedregel at man er straffri, har art. 33 en omvendt bevisføringsbyrde. I norsk rett vil det være opp til påtalemyndigheten å bevise at den underordnede måtte ha forstått at ordren var rettsstridig. Art. 33 har altså en presumsjon for straffansvar, på tvers av at det foreligger ordre, såfremt de øvrige straffbarhetsvilkår er oppfylt. Men dette må ikke krenke det strafferettslige prinsipp om uskyldspresumsjon. Art. 66, nr. 2 slår fast at bevisbyrden for å vise den tiltaltes skyld påhviler hovedanklageren og presiseres ytterligere i art. 67, nr. 1, litra i, som setter forbud mot at bevisbyrden legges på tiltalte. Denne regelen gjelder naturligvis også for art. 33. Når art. 33 innledningsvis henviser til at en forbrytelse innen domstolens jurisdiksjon er begått, er det opp til hovedanklageren å bevise at de objektive og subjektive straffbarhetsvilkår er oppfylt. Hvis man skal snakke om omvendt bevisbyrde kan denne kun eventuelt knytte seg til påberopelsen av ordre som frifinnelsesgrunn. Det kan hevdes at det er den tiltalte som har bevisføringsbyrden for at de vilkår som er oppstilt i litra a-c er

⁷⁵ Triffterer s. 581

⁷⁶ Johansen s. 38 flg.

oppfylt. Altså en oppfordring til å påberope seg unntaket, men ikke en flytting av tvilsrisikoen, som fremdeles vil ligge hos hovedanklageren. Tvilsrisikoen er kjernen av hva som ligger i tiltaltes rett til å betraktes som uskyldig inntil det motsatte er bevist utover enhver rimelig tvil. Domstolen må være bevist utover enhver rimelig tvil om tiltaltes skyld. Dette er i ICC slått fast i art. 66, nr. 3. Det er også uttrykt at enhver rimelig tvil må komme tiltalte til gode.

I forkant av vedtakelsen av en ny militær straffelov i Danmark, vurderte man spørsmålet som her diskuteres. I den tidligere danske militære straffelov av 1973 § 9 hadde man en bestemmelse med det samme realitetsinnhold som i Milstrl. § 24. Utgangspunktet i bestemmelsen var det samme som i Milstrl. § 24, en hovedregel om straffritak. Altså motsatt av hovedregelen i ICC art. 33. I forarbeidene til den nye danske militære straffelov av 24 juni 2005 diskuteres denne forskjellen og om art 33 gjør det nødvendig med en endring slik at man får en hovedregel om straffansvar.⁷⁷

Utvalgets flertall mente at regelen i den gamle lovs § 9, som tok utgangspunkt i straffrihet, ikke ville føre til noe annet resultat enn det som ville følge av en bestemmelse formulert i samsvar med art. 33.⁷⁸ Dette selv om bestemmelsene ikke svarer til hverandre rent formuleringsmessig, i det de har to motsatte utgangspunkter. Flertallet la også vekt på at de to bestemmelsene hadde et felles realitetsinnhold ved at den underordnede kun er straffri etter å ha begått en forbrytelse etter ordre, når han ikke visste at ordren var ulovlig og ordren ikke måtte bedømmes som åpenbart ulovlig.⁷⁹

Flertallet fant derfor ikke noe reelt behov for å endre § 9. De la også vekt på at den gjeldende § 9 språklig sett var mer enkel og derfor mer tilgjengelig og lettere forståelig enn art. 33.

⁷⁷ Se Betænkning om den militære straffelov, retsplejelov og disciplinarlov, København (2005), s. 263 flg.

⁷⁸ Ibid s. 265

⁷⁹ Ibid s. 266

Mindretallet foreslo derimot en bestemmelse som tok utgangspunkt i straffansvar. De la vekt på at dansk militært personell i dag er omfattet av art. 33 og at det derfor er nødvendig at personellet forstår denne regelen. Det ville derfor etter deres mening være fornuftig at bestemmelsen i militær straffelov også i utforming svarte til bestemmelsen i art. 33. Mindretallet understreket dog at det ved formuleringen av deres forslag ikke var tilsiktet noen realitetsending i forhold til den tidligere § 9. Loven som ble endelig vedtatt var overensstemmende med mindretallets forslag.

Med forbehold for bevisføringen som nevnt ovenfor antar jeg at Milstrl. § 24 og art. 33 ikke har noe forskjellig realitetsinnhold selv om bestemmelsene formuleringsmessig har motsatte utgangspunkter. I overensstemmelse med det danske resultat kan det allikevel være på sin plass å vurdere en lik tilnærming.

4.3.5 Unntakene fra hovedregelen i art. 33

Unntakene fra hovedregelen i art 33 fremkommer som tre kumulative vilkår for straffrihet i nr.1, litra a-c. Hvis disse vilkårene er oppfylt har ikke domstolen en fakultativ adgang til å frifinne, men må derimot frifinne tiltalte.

4.3.5.1 Art. 33 (1)(a) "*Legal obligation*"

Om den undergitte har en "legal obligation", altså en rettslig plikt til å utføre ordren, må domstolen vurdere opp imot den interne retten som regulerte dette mellom den foresatte og den som fulgte ordren. Dette blir derfor den samme vurdering som foretas ift. om man har plikt til å følge befaling etter § 24. Hvor den undergitte feilaktig trodde han hadde en rettslig plikt til å følge ordren, blir det et spørsmål om faktisk villfarelse som må behandles etter art. 32.

4.3.5.2 Art 33 (1)(b) *"Did not know that the order was unlawful"*

Dette vilkåret oppstiller et krav om at den undergitte må ha befunnet seg i rettsvillfarelse med hensyn til ordrens rettsstrid. Dette er et subjektivt vilkår og er et unntak fra hovedregelen i art. 32 nr. 2, første punktum som bestemmer at rettsvillfarelse ikke er en straffrihetsgrunn. I art. 32 nr. 2, annet punktum åpnes det allikevel for en viss adgang for straffrihet pga. rettsvillfarelse hvis det fremgår at den skyld som er en forutsetning for forbrytelsen ikke var til stede, *"or as provided for in article 33"*. Ordet "or" tyder på at bestemmelsen om rettsvillfarelse i art. 33 skal være ulik det som ellers fremkommer i art. 32. I art. 33, nr. 1, litra b er rettsvillfarelsen forutsatt å bli påberopt sammen med ordre fra overordnet. Det kan derfor se ut til at ordren er årsaken til at man skal lette den underordnede aktsomhetskrav ift rettsvillfarelsen og at den underordnede kan presumere at ordren er rettmessig. Dinstein⁸⁰ mener det er feil at ordrer skal tillegges noen vekt ved vurderingen av rettsvillfarelse, blant annet fordi han mener en militær overordning ikke begrunner en bedre kunnskap i internasjonal rett. Til dette kan det argumenteres med at det ikke bare er pga en presumsjon for økt kunnskap i internasjonal rett man eventuelt har en slik regel.⁸¹ Det er som nevnt under pkt. 3.2 også andre hensyn som kan være grunnlag for et slikt synspunkt. Blant annet ønsket om militær effektivitet og disiplin, samt i mange tilfeller bedre situasjonsforståelse og etterretningsinformasjon for den overordnede. Det siste kan fort grense over til faktisk villfarelse, men vil være særs relevant ved vurdering rettsvillfarelse i tilknytning til når represalier er tillatt eller når man kan angripe delvis sivile mål med støtte i "militær nødvendighet". I art. 33 er derfor dette på lik linje med Milstrl. § 24 regulert slik at ordren er den forutsetning som gjør rettsvillfarelsen unnskyldelig.

4.3.5.3 Art 33 (1)(c) *"Manifestly unlawful"*

At den handlingen den underordnede beordres til å utføre ikke må være "manifestly unlawful" er en saklig begrensning av de tilfeller hvor man kan ha med en relevant

⁸⁰ Dinstein, Yoram, *The defence of "Obedience to superior orders"* in International law, 1965

⁸¹ Johansen s. 56

rettsvillfarelse å gjøre. I den norske oversettelsen er ”manifestly unlawful” oversatt til ”åpenbart rettsstridig”, som uten andre holdepunkter må kunne sies å korrespondere med uttrykket klart måtte ha innsett i Milstrl. § 24.

Der hvor domstolen ikke klarer å bevise at tiltalte hadde kunnskap om ordrens rettsstridighet, er dette et vilkår som tilsynelatende presumerer at åpenbart rettsstridige ordrer ikke kan unnskyldes med rettsvillfarelse. De avgjørende spørsmål blir hva som skal anses å være en åpenbart rettsstridig ordre og for hvem rettsstriden skal være åpenbar.

Ifølge Lauterpacht⁸² må en ordre være å anse som manifestly unlawful hvis ulovligheten var ”obvious to a person of ordinary understanding”. Cassese⁸³ mener en ordre er manifestly unlawful hvis ”...the law in matter is clear or should be known to any serviceman engaged in armed conflict”. Disse uttalelsene indikerer at det skal foretas en aktsomhetsvurdering.

Dinstein mener at siden det subjektive element, altså spørsmålet om personen i en tenkt situasjon innså det ulovlige i ordren, allerede er vurdert etter art 33 (1)(b), vil manifestly unlawful standarden i (1)(c) bare være en vurdering av den objektive persepsjon av situasjonen vurdert etter en gjennomsnittlig persons standpunkt.⁸⁴ Også Triffterer fremhever at dette vilkåret er objektivt.⁸⁵ Han hevder at det må bevises at ordren var åpenbart rettsstridig objektivt sett og at tvil om dette må komme tiltalte til gode og at ordren i så fall ikke kan defineres som ”manifestly unlawful”. Dinstein og Triffterer synes altså å legge til grunn at uttrykket ”manifestly unlawful” har et objektivt fast innhold. Hvis dette var tilfellet ville man allikevel måtte spørre seg om dette innholdet var kjent for den underordnede. Man ville i så fall være tilbake i art. 32 og måtte spørre seg om dette var en straffriende rettsvillfarelse. Siden art. 33 er en egen bestemmelse om rettsvillfarelse i

⁸² Dinstein, *supra* note 4, s. 27

⁸³ Cassese, Antonio, *International criminal law*, New York, 2003, s. 263

⁸⁴ Dinstein s. 27

⁸⁵ Triffterer s. 568

kombinasjon med ordre fra overordnet kan det neppe ha vært meningen.⁸⁶ Det kan heller ikke ha vært meningen å gjøre straffansvaret objektivt, da en antitetisk tolkning av bestemmelsen i art. 33, nr. 2, som bestemmer at en rettsvillfarelse er irrelevant i forhold til folkemord og forbrytelser mot menneskeheten, ganske klart utelukker en slik tolkning. Også tidligere internasjonal praksis om dette spørsmålet i forbindelse med internasjonale forbrytelser indikerer at det er relevant å ta i betraktning de subjektive omstendigheter ved vurderingen av om ordren fremsto som åpenbart rettsstridig for tiltalte.⁸⁷ Det virker derfor klart at man etter dette vilkåret må foreta en aktsomhetsbedømming av den underordnedes rettsvillfarelse.

Hvilke krav det skal settes til aktsomheten i forhold til hva som er åpenbart rettsstridig, samt hvilke momenter som kan tas med i vurderingen vil være opp til ICC rettspraksis å fastlegge. Siden det ikke foreligger praksis verken etter ICC art. 33 eller Milstrl. § 24 er det per nå ingen rettskildefaktorer som tilsier at denne vurderingen skal være forskjellig etter de to bestemmelsene. Det vil også være all mulig grunn til at norske domstoler presumerer at norsk rett er i samsvar med ICC vedtektene på dette punkt og således tolker Milstrl. § 24 innskrenkende i samsvar med eventuelt fremtidig ICC praksis.⁸⁸ Selv om man formelt ikke er pliktet til å følge de strafferettslige prinsipper i ICC statuttene i nasjonal rettsforfølgelse vil de altså kunne få avgjørende praktisk betydning på linje med den betydning EMK og Den Europeiske Menneskerettsdomstols avgjørelser har for norske domstolars tolkning av interne norske bestemmelser.

4.4 Delkonklusjon

Til tross for motsatte utgangspunkt, inneholder ICC art 33. de samme elementer. Det vil som tidligere nevnt være opp til praksis å vise om realitetsinnholdet i de to bestemmelsene er nøyaktig det samme, men med de rettskilder som foreligger i dag foreligger det ingen

⁸⁶ Jfr. Andorsen s. 247

⁸⁷ Se Johansen s. 79 med referanser til rettspraksis.

⁸⁸ Se Eckhoff s. 316

innlysende motstrid. Hovedessensen i de to bestemmelsene er at de begge er uttrykk for doktrinen om conditional liability og således gjør det avgjørende om en ordre er åpenbart rettsstridig eller ei. I det følgende vil jeg diskutere problemet med åpenbar rettsstrid som parameter på når en ordre kan virke straffriende.

5 Problemet med åpenbart rettsstridig som parameter

5.1 Innledning

Både Milstrl. § 24 og ICC art. 33 er altså regler med motsatte utgangspunkt, hvor § 24 har en hovedregel om frifinnelse, mens art. 33 har en hovedregel om at ordre fra foresatt ikke fritar for straff. Realitetsinnholdet i de to reglene er allikevel det samme, nemlig frifinnelse hvis ordren ikke var åpenbart rettsstridig.

At krigens lover og regler stadig blir utviklet i en retning som klargjør deres innhold er på det rene. De to tilleggsprotokollene fra 1977 til Genevekonvensjonene var et viktig bidrag i så henseende ved blant annet å utdype hvilke metoder og midler som er tillatt. ICC vedtektene gir videre en detaljert beskrivelse i art. 6, 7 og 8 av de handlinger som anses som internasjonale forbrytelser. Resultatene fra IRKKs sedvanerettsstudie er også en bidragsyter som er med på å klargjøre hva som er tillatt og hva som er forbudt i militære operasjoner.⁸⁹ Som et utgangspunkt skulle en derfor tro at det blir stadig enklere å fastslå hva som er åpenbart rettsstridig. Med en forutsetning av at soldatene blir gitt tilstrekkelig undervisning om hva som er tillatt og ikke, skulle en også tro at det vil være ytterst få tilfeller hvor en undergitt med hell kunne hevde at ordren ikke var åpenbart rettsstridig, hvis den objektivt sett var det.

⁸⁹ Se Henckaerts & Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules & Vol. 2: Practice, Cambridge University Press, 2005

5.2 Omstendigheter som gjør det åpenbare mindre åpenbart

Selv om hver enkelt regel er klart utformet er det ikke dermed sagt at det er enkelt å fastslå hva som er åpenbart rettsstridig. I mange situasjoner vil det være forventet at en normalt oppegående soldat må innse at den ordre han mottar er rettsstridig. For å konkludere med rettsstrid må soldaten derimot i mange tilfeller vurdere ordren opp i mot den militære situasjon og andre omstendigheter. Han må også vurdere hva konsekvensen av at ordren blir utført antakeligvis vil bli. Problemet med doktrinen om åpenbar rettsstrid er imidlertid at den ikke oppfordrer til slike overveielser. Når doktrinen krever en så kvalifisert form for uaktsomhet fra den undergitte som kravet om åpenbart rettsstridig innebærer, forutsetter den jo nettopp at ordrene er så innlysende åpenbart rettsstridige at det ikke trengs noen overveielser.⁹⁰ Dette kan til en viss grad virke mot en effektiv håndhevelse av krigens folkerett i den forstand at doktrinen ikke oppfordrer soldater til å sette seg bedre inn i reglene fordi det kun er det åpenbart rettsstridige som medfører straff.

Cassese og Gaeta argumenterer for at ICC statuttene er i strid med internasjonal sedvanerett også fordi de åpner for muligheten av at ordrer som innebærer krigsforbrytelser etter art. 8 ikke defineres som åpenbart rettsstridige.⁹¹ Gaeta stiller seg blant annet spørsmålet: "How would it be possible to claim that the order to commit one of those crimes (i art. 8) is not manifestly unlawful or that subordinates cannot recognize its illegality?" Med en slik oppfatning blir det kun ordrer som uavhengig av omstendigheter og uavhengig av om de innebærer en åpenbar fordel i den konkrete situasjon, som er åpenbart rettsstridige.

Eksempelvis vil prinsippet om militær nødvendighet kunne tåkelegge denne tilsynelatende åpenbare rettsstrid. Hvis tilstrekkelig militær nødvendighet foreligger kan man blant annet ikke straffes for å ha forårsaket tilfeldig tap av sivile liv jfr. ICC art. 8 nr. 2 (b)(iv). Hva skal så en soldat gjøre hvis han får ordre om å bombe en landsby som i hovedsak består av sivile, og hvor nedkjempingen av de få militære enheter der vil medføre store sivile tap?

⁹⁰ Se Osiel, Mark J., *Obeying orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War*, New Jersey, 1999, s. 74

⁹¹ Gaeta s. 190, Cassese s. 241

Isolert sett vil dette helt klart være i strid med art. 8 nr. 2 (b)(iv) og det er soldaten klar over. Ordren er derfor tilsynelatende åpenbart rettsstridig for soldaten. Det soldaten derimot ikke nødvendigvis er klar over er at denne beleiringen anses så viktig at den gjør det rettmessig. Den militære lydighetsplikt begrunnes jo nettopp med at det også i slike tilfeller vil være avgjørende for den militære effektivitet at den undergitte adlyder. Et historisk eksempel fra andre verdenskrig er beleiringen av den franske byen St. Lo, som ble vurdert å være essensiell for at de allierte styrkene skulle kunne bryte ut fra sin landgang i Normandie og således ble ansett å være en lovlig krigshandling.⁹² Få soldater vil være i posisjon til å vurdere handlingene sine opp i mot slike vurderinger av militær nødvendighet på et høyere nivå. Dette vil de normalt være klar over og konsekvensen av det er at de i tilfeller som dette kan komme til at det ikke er åpenbart rettsstridig fordi de antar eller presumerer at omstendigheter de ikke kjenner til gjør ordren rettmessig.

5.3 Er tortur alltid åpenbart rettsstridig?

Tortur er en krigsforbrytelse som mange hevder aldri kan legitimeres. Hvis man har et slikt utgangspunkt skulle derfor en ordre om å torturere alltid være åpenbart rettsstridig. Det klassiske eksempelet ifm tortur er om terroristen som sitter med kontrollen over en ”tikkende bombe”. Det forutsettes at terroristen sitter inne med informasjon som kan redde hundrevis eller sågar tusenvis av liv. Hvis denne personen tas til fange, hvor langt skal man da kunne gå for å få tak i denne informasjonen. Man kan gjerne henvise til hva som er tillatt etter gjeldende rettsregler. Like interessant er det å se på hva som er den alminnelige rettsoppfatning. I en undersøkelse gjennomført for BBC World Service blant 27000 personer i 25 land som alle har underskrevet Genevekonvensjonene, aksepterer et gjennomsnitt på 29% tortur i kampen mot terror.⁹³ Andelen israelere som i visse sammenhenger støttet bruken av tortur var 43% og 36% av amerikanerne svarte det samme. Ved slike oppfatninger blant vanlige folk, blir det selvfølgelig enda viktigere at soldater kan regelverket og vet hvor grensene går. Det er allikevel ikke til å komme unna at det er

⁹² Waltzer, Michael, *Just and unjust wars*, 1977, s. 317-318

⁹³ Fakta hentet fra: <http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/terror/article1502089.ece> [Sitert: 20.10.2006]

mange soldater som ikke nødvendigvis anser det for å være åpenbart rettsstridig å øve fysisk press mot en person hvis det er hevet over enhver tvil at personen sitter inne med informasjon som kan redde tusenvis av uskyldige liv. Spørsmål vil også kunne stilles om dette faktisk er åpenbart rettsstridig rent objektivt sett. Mange vil nok argumentere med at det ikke er det og forsvare det med nødrettslige betraktninger. Jeg vil derfor hevde at heller ikke forbudet mot tortur i alle tilfeller leder til at ordre å torturere i alle tenkte tilfeller er åpenbart rettsstridig.

5.4 Dagens bilde – en tiltagende kompleksitet

De store eksistensielle krigene som 1. og 2. verdenskrig ble utkjempet med konvensjonelle metoder og våpen. I disse krigene var det aldri tvil om hva slags type konflikt det var snakk om (man ville i dag kalle dem internasjonale væpnede konflikter). Det samme gjelder for øvrig Vietnamkrigen, Koreakrigen, samt f.eks den første Gulfkrigen. Det faktum at disse krigene var av den tradisjonelle typen hvor forskjellige staters militærmakt braker sammen, gjorde det forholdsvis enkelt å holde rede på hvilke regelsett som kom til anvendelse. Situasjonen i disse krigene var også forholdsvis stabil, i den forstand at reglene man måtte forholde seg til hadde et rimelig klart tidsmessig utgangspunkt.⁹⁴

Bildet i dag er til dels drastisk endret i den forstand at det har blitt mer komplisert og sammensatt. Ikke bare pga at konflikter i dag er regulert av flere internasjonale avtaler og sedvaner, men også fordi det har skjedd endringer i hvordan konflikter arter seg.

I internasjonal militærteori har man i flere år diskutert krigens endrede karakter.⁹⁵ Krigens natur – ”en kamp mellom viljer”⁹⁶ – er den samme, men mange kommentatorer mener altså

⁹⁴ Eksempelvis 9. april 1940 ifm andre verdenskrig for Norges del og ved undertegning av fredsavtale eller slutt på fiendtligheter.

⁹⁵ Se bl.a. Crefeldt, Martin Van, *The transformation of war*, New York: Free Press, 1991 og Rekkedal, Nils Marius, *Moderne krigskunst*, Oslo: Forsvarets stabsskole, 2003

at måten krig utkjempes på har endret seg.⁹⁷ Man ser ikke ofte lenger at stater med store hærer står mot hverandre på en mer eller mindre definert slagmark. Det man derimot ser er mer eller mindre avgrensede småkriger, der det gjerne er involvert en eller flere stater, men hvor det også er vanlig at andre mer eller mindre organiserte enheter deltar.⁹⁸ Dette kan både foregå innenfor en stats eget territorium⁹⁹ og utenfor, som NATO og USAs krigføring mot henholdsvis Al Qaida og Taliban i Afghanistan. I tillegg har man krigen mot terror som i det hele ikke synes å ha noen klart definerte grenser verken hva gjelder personell, geografi, midler eller metoder.

Dette mer kaotiske bildet har også ført til mange problemer med å definere hva man egentlig står overfor. Er det kriminalitet, og skal det i så fall søkes bekjempet med polisiære virkemidler? Er de man kjemper mot lovlige krigsmål eller er de for eksempel beskyttet av menneskerettigheter som retten til liv, rettferdig rettergang osv?

Hva har så dette med ordre som frifinnelsesgrunn å gjøre? Jo, jeg mener et blikk på disse endringene kan være med på å danne et bakteppe når man skal vurdere rekkevidden av ordre som frifinnelsesgrunn. Akkurat som endrede samfunnsforhold ellers kan være et reelt hensyn som både er relevant og kan tillegges vekt på andre rettsområder, mener jeg en forståelse av krigens karakter i dag må til for å kunne vurdere de enkelte moment i en drøftelse om straffrihet pga ordre fra overordnet.

Når norske militære styrker deltar i militære operasjoner i dag, er det ofte sammen med andre nasjoners militære styrker. Dette er for så vidt ikke noe nytt, da det i mange år har vært etablert multinasjonale styrker i kriseområder.¹⁰⁰ Det som er forskjellen i dag er at det

⁹⁶ Jfr. Clausewitz, Carl Von, *On War*, Howard, Michael og Paret, Peter (red og overs.), London: Everyman's Library, 1994

⁹⁷ Selv om det her snakkes om *krigens* karakter, siktes det til konflikter generelt sin endrede karakter.

⁹⁸ Al Qaida, Hizbollah m.fl.

⁹⁹ Eksempelvis Russlands krig mot Tsjetsjenske separatister.

¹⁰⁰ Den første regnes for å være United Nations Emergency Force I i 1956 (Suez)

multinasjonale samarbeid har blitt mer regelen enn unntaket. Og, kanskje enda viktigere, det multinasjonale samarbeider i stor grad permanent i form av NATO, EU-styrker osv, samt at integrasjonen av styrkene på tvers av nasjonalitet skjer på et mye lavere nivå. Dette siste fører i praksis til at norske soldater kan ha en foresatt fra en av de samarbeidende nasjoner helt ned på lagsnivå (ca 8-12 mann).¹⁰¹ Det vil nødvendigvis være en utfordring for den norske soldaten hvis hans foresatte har en annen forståelse av Rules of Engagement og hva selvforsvarsretten¹⁰² innebærer, enn det den norske soldaten har.

Den typiske fredsoperasjon i dag er politilignende operasjoner.¹⁰³ Oppgaven er ikke å bekjempe en definert fiende, men derimot å sørge for sikkerhet for visse grupperinger innenfor et område, sørge for avvæpning, hindre innsmugling av våpen osv.

I forhold til den tidlige typisk konvensjonelle krig, er det også en markert forskjell i hvordan man er organisert og opererer i dagens typisk fredsoperasjoner. Når det tidligere var vanlig å operere i større forband, hvor sjefen hadde sine styrker rundt seg på slagmarken, vil det i dag ofte være et relativt desentralisert operasjonsmønster. Dette innebærer at patruljer ned til to soldater ikke er uvanlig og at de må kunne løse kompliserte situasjoner alene på bakgrunn av ordrer som er gitt på forhånd.

”Three Block War” er et begrep som er introdusert de senere år ifm dagens typiske konfliktbilde.¹⁰⁴ Begrepet er introdusert i sammenheng med et forsøk på å beskrive de utfordringer militære styrker står overfor i dagens konflikter. Litt forenklet kan man si det går ut på at man i det ene øyeblikk i det ene kvartalet (jfr US ”block”) bedriver humanitært arbeid, for eksempel oppbygging av sivil infrastruktur som veibygging, utdeling av mat og

¹⁰¹ Eksempelvis norsk deltakelse i det multinasjonale militærpolitikompani i Kosovo hvor alle nivå i organisasjonen var multinasjonale og bestod av soldater fra No, Sve, Fin, UK og Latvia.

¹⁰² Selvforsvarsretten har ikke nødvendigvis samme realitetsinnhold i alle land jfr. Dahl s. 330

¹⁰³ KFOR, ISAF, UNIFIL, SFOR, IFOR osv

¹⁰⁴ Se bl.a Krulak, Charles, ”*The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War*”, Marines Magazine, January, (1999)

medisiner m.m. Dette er virksomhet som i de fleste tilfeller blir sett på som positivt av de som befinner seg i området og går således for seg i rolige former. Reglene man forholder seg til i slike situasjoner kan ofte bare være selvforsvarsinstituttet. Senere på dagen i et annet kvartal kan man befinne seg ute på oppdrag for å skulle pågripe kriminelle, krigsforbrytere, beslaglegge ulovlige våpen osv. Dette er mer skarpe situasjoner av polisiær karakter og man må forholde seg til regler om pågripelse, ransaking, beslag osv, samt benytte en mer polisiær taktikk enn militær. Til sist kan man befinne seg i regelrette kamphandlinger med en mer eller mindre definert fiende hvor de mer tradisjonelle krigføringmetoder kreves og hvor krigens folkerett, enten helt eller delvis kommer til anvendelse.

Begrepet Three Block War prøver å fange opp tidsaspektet og kompleksiteten i denne stadige endringen mellom oppdragstyper, konfliktnivå, regelsett, metoder og midler som anvendes. At man til stadighet har en slik endring, fører naturlig nok til at det stilles store krav til styrkene med tanke på situasjonsforståelse. Denne stadige endringen fører også til enorme utfordringer for den enkelte soldat med tanke på hva slags regler som kommer til anvendelse og som man må forholde seg til. I det ene øyeblikket må man forholde seg til prosessuelle regler ifm pågripelser osv og i det neste står man overfor vurderinger om fienden de har foran seg er lovlig krigsmål eller ei.

6 Hovedkonklusjon

Før rettspraksis fra ICC foreligger kan det per i dag ikke sies å foreligge noen motstrid mellom Milstrl. § 24 og ICC art. 33. Begge bestemmelsene er utslag av prinsippet om conditional liability og bestemmer at en villfarelse med hensyn til ordrens rettsstridighet fritar den undergitte for straff så sant den ikke var åpenbart rettsstridig. Hva som er åpenbart rettsstridig vil det være opp til praksis å fastlegge, men det er ingen holdepunkter i de tilgjengelige kilder for at denne vurderingen skal være forskjellig etter de to

bestemmelsene. Slik bestemmelsene fremstår, gir de den undergitte meget gode muligheter for frifinnelse så sant han ikke har handlet med forsett.

At Milstrl. § 24 har frifinnelse som hovedregel, mens ICC art. 33 har som hovedregel at ordrer ikke fritar for straff, fører ikke til noen forskjell i realitetsinnhold. En harmonisering på dette punkt bør allikevel vurderes for å lette tilgjengeligheten i form av at bestemmelsene fremstår som like.

Svakheten med åpenbart rettsstridig som parameter er at effekten av regler om krigens folkerett kan bli lavere. Dette fordi det kan være mange omstendigheter som fører til at en soldat ikke anser en ordre for å være åpenbart rettsstridig jfr. pkt. 5. Det kunne derfor være interessant å vurdere andre tilnærminger til ordre som frifinnelsesgrunn. En mulig tilnærming kunne være å utforme bestemmelsene slik at man oppfordrer til både taktiske, moralske og juridiske overveielser og hvor målestokken i større grad blir om disse overveielsene har vært forsvarlige. Dette ville ikke nødvendigvis gå ut over den militære effektivitet, men derimot oppfordre til økt interesse for å sette seg inn i krigens folkerett, samt være bedre tilpasset dagens konflikters komplekse karakter.

7 Litteraturliste

Bøker:

Andenæs, Johs. *Alminnelig strafferett*, 5. utg. ved Matningsdal og Rieber-Mohn, Oslo, 2005

Andenæs, Johs. og Bratholm, Anders, *Spesiell strafferett: Utvalgte emner*, 2. utg, Oslo, 1990

Andorsen, Kjell, *Rettsvillfarelse i strafferetten*, Bergen, 2005

Bratholm & Matningsdal (red) *Straffeloven*, Kommentarutgave, Oslo, 1991

Cassese, Antonio, *International criminal law*, New York, 2003

Clausewitz, Carl Von, *On War*, Howard, Michael og Paret, Peter (red og overs.), London: Everyman`s Library, 1994

Crefeldt, Martin Van, *The transformation of war*, New York: Free Press, 1991

Dahl, Arne Willy, *Håndbok i militær folkerett*, Oslo, 2003

Dinstein, Yoram, *The defence of "Obedience to superior orders" in International law*, 1965

Eckhoff, Torstein, *Rettskildelære*, 5. utg ved Jan Helgesen, Oslo, 2001

Fleck, Dieter (red), *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Oxford University Press, New York, 1995

Fleischer, C.J., *Den Militære Straffelov*, Oslo, 1956

Forsvarets fellesoperative doktrine, Del A – Grunnlag, Forsvarets overkommando, 2000

Green, Leslie C., *The contemporary law of armed conflict*, second edition, Manchester University Press, Manchester, 2000

Henckaerts & Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law*, Vol. 1: Rules & Vol. 2: Practice, Cambridge University Press, 2005

Levie, H.S., *The rise and fall of an internationally codified denial of the defence of superior orders*, Military Law and Law of War Review, (1991)

Norsk lovkommentar, Studentutgave, Bind 1, Oslo, 2005

Oppenheim, L., *International Law: A treatise*, Vol. 2, London, 1906

Osiel, Mark J., *Obeying orders: Atrocity, Military Discipline, and the Law of War*, New Jersey, 1999

Rekkedal, Nils Marius, *Moderne krigskunst*, Oslo: Forsvarets stabsskole, 2003

Rogers, A.P.V., *Law on the battlefield*, second edition, Manchester University Press, Manchester, 2004

Ruud, Morten, *Innføring i krigens folkerett*, Tanum-Norli, Oslo, 1980

Schwarzenberger, G., *International Law: The Law of Armed Conflict*, vol. 2, London, Stevens, 1968

Torgersen og Engstrøm, *Vegtrafikkloven og trafikkreglene med kommentarer*, Universitetsforlaget, Oslo 1998

Triffterer, Otto (red), *Commentary on the Rome statute of the International Criminal Court*, Baden- Baden, 1999

United Kingdom, *Manual of Military Law*, 7th edn, HMSO, 1929

Waltzer, Michael, *Just and unjust wars*, 1977

Ordbøker:

Norske synonymer blå ordbok, 3. utg, Kunnskapsforlaget, Oslo, 2000

Norsk riksmålsordbok, Aschehoug & Co, Oslo, 1937

Aschehoug og Gyldendals Store Norske Leksikon, bind 11, 3. utg. Oslo, 1998

Artikler:

Carter, Phillip, "Superior orders: Will the defence work for PFC Lynndie England, Who is accused of abusing Abu Ghraib prisoners?", Tilgang:

http://writ.news.findlaw.com/commentary/20040810_carter.html [Sitert: 30.10.2006]

Gaeta, Paula, *The Statute of The International Criminal Court: Some Preliminary Reflections*, European Journal of International Law, no. 10 (1999)

Garraway, Charles, *Superior orders and the International Criminal Court: Justice delivered or justice denied*, International Review of the Red Cross, No. 836 (1999)

Johansen, Sigrud Redse, ”*Ordre fra overordnet som frifinnelsesgrunn for internasjonale forbrytelser*”, spesialoppgave ved Universitetet i Oslo, Oslo, (2002)

Krulak, Charles, ”*The Strategic Corporal: Leadership in the Three Block War*”, Marines Magazine, January, (1999)

The Llandovery Castle Case, Annual Digest 1923-1924, Case No. 235

<http://www.aftenposten.no/nyheter/uriks/terror/article1502089.ece>

Forarbeider:

Udkast til Almindelig borgerlig Straffelov (S.K.M.) 1896

Utkast til Milstrl. 1898

Stortingsforhandlinger (1899-1900), bind 3

Inst.O. IX (1901-1902)

St.mld. nr. 102 (1978-79)

St.prp. nr. 24 (1999-2000)

Ot.prp. nr. 95 (2000-2001)

NOU 2002:4

Ot.prp. nr. 90 (2003-2004)

Betænkning om den militære straffelov, retsplejelov og disciplinarlov, København (2005)

